DIE
UNRICHTIGE ÜBERMITTELUNG
VON TELEGRAPHISCHEN ERKLÄRUNGEN

INAUGURAL-DISSERTATION

DER

JURISTEN-FAKULTÄT DER LANDES-UNIVERSITÄT ROSTOCK

ZUR ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

VORGELEGT VON

THEODOR SCHILLER

KREFELD

ACAD. LUDOVICIANA BIBL.

ROSTOCK

CARL HINSTORFFS BUCHDRUCKEREI

1902

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549202_0014

SEINEM VATER GEWIDMET

Inhaltsangabe.

Einleitung: Ursprung und Bedeutung der Frage.

I. Teil: Der Vertragsschluss auf elektrischem Wege.

A. Allgemeine Grundsätze:

§ 1. 1. Funktion des Telegraphen.

§ 2. 2. Abschluss des Vertrages durch den Telegraph.

B. Der Vertragsschluss bei einer Telegrammverstümmelung.

I. Gemeines Recht:

§ 3. a. Begriff und Arten der Telegrammverstümmelung.

§ 4. b. Natur und rechtliche Bedeutung der Ankunftsdepesche.

§ 5. c. Zulässigkeit der Analogie des Boten.

§ 6. d. Möglichkeit eines Vertragsschlusses auf Grund einer entstellten Offerte.

§ 7. e. Folgen der Verzögerung einer Depesche.

§ 8. f. Die „wesentliche" Abirrung.

§ 9. g. Sind von der prinzipiellen Entscheidung Ausnahmen möglich?

§ 10. h. Ist die Nichtexistenz des Vertrages absolut oder relativ?

II. Bürgerliches Recht:

§ 11. a. Prinzipielle Stellung des BGB.

§ 12. b. Die Behandlung der entstellten Willenserklärung:

1. Anfechtbarkeit;
2. Fälle, bei denen die Anfechtung unnötig ist.

II. Teil: Die Ersatzpflicht des Absenders der Depesche für den aus einer Verstümmelung resultierenden Schaden.

I. Gemeines Recht:

§ 13. a. Überblick über die Theorieen.

§ 14. b. Einfluss einer culpa des Empfängers auf die Entscheidung der Frage.

§ 15. c. Anwendbarkeit der Theorie der culpa in contrahendo.

§ 16. d. Die Garantieübernahme seitens des Absenders.

§ 17. e. Die Berechtigung der Veranlassungstheorie.

§ 18. f. Die Fälle der Ersatzpflicht des Absenders.

§ 19. g. Das negative Vertragsinteresse.

§ 20. h. Schadensersatzpflicht ausserhalb der culpa contrahendo.

II. Landrecht und code civil:

§ 21. a. Das französische Recht.

§ 22. b. Das Preussische Landrecht.

III. Bürgerliches Recht:

§ 23. a. Ersatzpflicht des Absenders;

1. Ersatz des negativen Interesses.

2. Ausschluss der Ersatzpflicht.

§ 24. b. Haftung für Entstellung von Erklärungen nach allgemeinen Grundsätzen.

III. Teil: Die eventuelle Haftung der Telegraphenverwaltung und des schuldigen Beamten.

§ 25. 1. Die Telegraphenverwaltung.

§ 26. 2. Ersatzpflicht des schuldigen Telegraphisten.

Litteratur.

1. O. Bähr, Über Irrungen im Kontrahieren durch Mittelspersonen. (Jhering's Jahrb. VI. S. 286 fg).
2. O. Bähr, Irrungen im Kontrahieren. (Jhering's Jahrb. XIV. S. 393 fg).
3. E. J. Bekker, Haftpflicht des Mandaten für Aufträge, die dem Mandatar entstellt zugehen. (Jahrb. des Gem. deutschen Rechts IV. S. 169 fg).
4. Brock, Das negative Vertragsinteresse. Berlin 1902.
5. Burchardi, Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen bei Erfüllung von Obligationen. Kiel 1861.
6. Burckhardt, Sinn und Umfang der Gleichstellung von dolus und culpa lata. 1885.
7. Busch, Beitrag zum Telegraphenrecht. (Arch. f. d. civ. Praxis XLV. S. 1 fg).
8. Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1899.
9. Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 1900.
10. Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Tübingen 1900.
11. Dernburg, Pandekten 4. Aufl. 1894.
12. Dernburg, Preussisches Privatrecht 1889.

13. Eisele, Über Nichtigkeit obligatorischer Verträge. (Dogm. Jahrb. XXV. S. 456 fg).
14. Fleck, Der Bote. (Arch. für Bürgerl. Recht XV. S. 335 fg).
15. Fuchs, Einige Fragen aus dem Telegraphenrecht. (Arch. für die civ. Praxis XLIII. S. 94 fg).
16. Hauser, Vertragsantrag-Annahme und Vertragsschluss. (Zeitschrift für Handelsrecht XII. S. 1 fg).
17. Hölder, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. München 1900.
18. Ihering, Culpa in contrahendo. (Jhering's Jahrb. IV. S. 1 fg).
19. Jhering, Schuldmoment im Römischen Privatrecht. 1867.
20. Kahler, Die Vertragsschliessung unter Abwesenden nach BGB. Diss. Strassburg 1901.
21. Koch, Deutschlands Eisenbahnen. Marburg 1861.
22. Kohler, Über den Vertrag unter Abwesenden. (Arch. für Bürgerliches Recht I. S. 283 fg.)
23. Koeppen, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden. (Jhering's Jahrb. XI. S. 139 fg).
24. Kuhlenbeck, Rechtsprechung des Reichsgerichts. I. Teil S. 279 fg).
25. Leonhard, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1900.
26. Maas, Der Vertragsschluss auf elektrischem Wege. Berlin 1889.
27. Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 3/4 Aufl. 1900.
28. Meili: Das Telegraphenrecht. Zürich 1873.
29. Melliger, Culpa in contrahendo. Zürich 1898.

30. Mittermaier, Telegraphenrecht. (Arch. für die civ. Praxis. XLVI. S. 1 fg).
31. Mommsen, Erörterungen. II. Heft: Über die Haftung der Kontrahenten. 1879.
32. Motive zum Entwurf eines BGB. 1896.
33. Pernice, Kritische Beiträge zur Lehre von den Rechtsgeschäften. (Goldschmidt's Zeitschrift XXV. S. 77 fg.
34. Graf Pininski, Lehre vom Irrtum. (In „Thatbestand des Sachbesitzerwerbes" S. 402 fg).
35. Planck, Bürgerliches Recht. Berlin 1897.
36. Protokolle für die zweite Lesung 1897.
37. Regelsberger, Civilrechtl. Erörterungen 1868.
38. Regelsberger (in Endemann's Grundbuch für Handelsrecht S. 414 fg). 1887.
39. Rehbein, Das BGB. Berlin 1899.
40. Reyscher, Telegraphenrecht. (Zeitschrift für Deutsches Recht XIX. S. 271 fg).
41. Reyscher, Urteil im Fall Oppenheim-Weiler. (Zeitschrift für Deutsches Recht XIX. S. 456 fg).
42. Seuffert, Archiv.
43. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. München 1901.
44. Unger: Legislative Behandlung des wesentlichen Irrtums bei obligatorischen Verträgen. (Grünhut's Zeitschrift XV. S. 673 fg).
45. Wächter, Pandekten 1880.
46. Windscheid, Pandekten 8. Aufl. 1901.
47. Wilutzky, Was gehört zum Vertrauensinteresse? („Das Recht" V. S. 189 fg).

48. Wlassak, Das Rechtsgeschäft und das Verhältnis des Willens zur Erklärung nach dem deutschen BGB.. Wien 1902.
49. Zittelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines BGB. 1889.

Einleitung.

Im Jahre 1856 gab das Bankhaus Oppenheim in Köln dem Hause Weiller Söhne in Frankfurt a. M. den telegraphischen Auftrag zum Ankauf von Aktien. Der Telegraphenbeamte verwechselte bei der Ausfertigung der Depesche das Wort „kaufen“ mit „verkaufen“. Aus dieser Entstellung ergab sich dann ein Schaden von 40 000 Thlr., den das Landgericht Köln dem Hause Oppenheim auferlegte. Im Anschluss an diesen Fall erhob sich ein lebhafter Streit über die Berechtigung des Urteils und die Stichhaltigkeit seiner Begründung. Bei der mehr und mehr zunehmenden Verwendung des Telegraphen bot die Frage nicht nur ein wissenschaftlich-theoretisches, sondern auch ein eminent praktisches Interesse. Ganz besonders innerhalb des Handelsverkehrs ist der Telegraph eines der gebräuchlichsten Korrespondenzmittel zwischen entfernten Plätzen geworden. Wohl hat sich die Sicherheit der telegraphischen Übermittelung gegen störende Einflüsse der Natur seitdem bedeutend gehoben; auf der andern Seite aber ist die Gefahr einer Telegrammverstümmelung gewachsen, nachdem die Anwendung chiffrierter Depeschen im internationalen

Verkehr üblich geworden ist. Der Beamte, der in solchen Fällen die Bedeutung der Zeichen, die er übermitteln soll, gar nicht kennt, ist der Möglichkeit eines Versehens in starkem Masse ausgesetzt, und selbst die vorgeschriebene Kollationierung derartiger Depeschen gewährt erfahrungsgemäss keinen unbedingten Schutz. Aus solchen Erwägungen erklärt sich das aussergewöhnliche Interesse, das man auch in der Praxis der oben genannten Entscheidung entgegenbrachte. Die meisten juristischen Zeitschriften nnd Fachblätter des Handels jener Zeit brachten, von dem Kölner Urteil ausgehend, Abhandlungen über die prinzipielle Lösung der damit aufgeworfenen Streitfrage: Welche Konsequenzen knüpfen sich an die unrichtige Übermittelung von telegraphischen Erklärungen?[1] Dass die Entscheidungen nach Gemeinem Recht stark divergierten, ist leicht erklärlich. Besondere Quellen des Telegraphenrechts gab es nicht,[2] die Autoren waren also angewiesen auf den gefährlichen Weg der Analogie, der Anwendung römischer Rechtsprinzipien, die mit modernen Verkehrsanschauungen nicht harmonierten.

1) Ein grösseres, zusammenhängendes Werk über das Telegraphenrecht rührt her von Serafini: Il telegrafo. Es ist inhaltlich wiedergegeben von Mittemeyer im Arch. für die civ. Praxis. Bd. 46.

2) Selbst das HGB. ignorierte den Telegraphen, weil er noch als ausserordentliches Kommunikationsmittel anzusehen sei. (Lutz: Protokolle I, S. 568). Vgl. auch Maas a. a. O. S. 18.

I. Teil.

Der Vertragsschluss auf elektrischem Wege

A. Allgemeine Grundsätze:

§ 1. 1. Die Funktion des Telegraphen.

Der Telegraph hat die Aufgabe, Erklärungen von einem Ort zum andern zu befördern. Er dient dem Verkehr unter Abwesenden ähnlich wie der Brief. Die übermittelten Erklärungen können rechtlich bedeutungslos sein. So besteht eine Hauptfunktion des Telegraphen in der Mitteilung von Nachrichten, in dem Bericht von Thatsachen und Ereignissen. Die Presse bedient sich heute des Telegraphen als Korrespondenzmittel in ausgedehntestem Masse. — Rechtliche Bedeutung erhält der Telegraph, sobald er der Beförderung von „Willenserklärungen" dient. Unter Willenserklärungen sind zu verstehen die juristisch erheblichen Handlungen, soweit sie auf Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges gerichtet und hierzu nach der Rechtsordnung geeignet sind. Auf dem Gebiet des Rechts übermittelt der Telegraph die einseitigen empfangsbedürftigen und nicht empfangsbedürftigen Willensäusserungen, vornehmlich da, wo es sich

um Wahrung kurzer Fristen handelt. Praktisch wichtig wird dieses Verkehrsinstitut hauptsächlich bei Vermittelung eines Vertragsschlusses. Die Börse bedient sich — zur Vermeidung von Zeitverlust — bei Geschäftsabschlüssen dieses geeigneten Mittels fast regelmässig; ähnlich auch der Grosshandel. Im Allgemeinen eignet sich der Telegraph ja nur zum Abschluss von formlosen Rechtsgeschäften In wieweit der Abschluss schriftlicher Verträge auf telegraphischem Wege erfolgen kann, war eine im Gemeinen Recht viel erörterte und umstrittene Frage. Die römischen Quellen schienen gegen die Zulässigkeit zu sprechen, da sie die Unterschrift der Parteien in einer Urkunde verlangen;[1] trotzdem erklärte ein Gutachten des Preussischen Ober-Tribunals vom 2. Mai 1861[2] den Telegraph als geeignetes Mittel zum Abschluss schriftlicher Verträge. Das Urteil geht davon aus, dass es, entgegen den Vorschriften des Römischen Rechts, genügen solle, dass jeder Kontrahent nur dasjenige Urkunden-Exemplar unterschreibe, das der Andere übergeben erhalte. Im Gegensatz zu diesem Urteil kommt Maas a. a. O. S. 86 zu dem Resultat, „dass der telegraphische Verkehr selbst keine Garantien für die Authenticität unbeglaubigter Unterschriften in den Aufgabedepeschen bilde und daher nicht imstande sei, den Anforderungen des Rechts zum Abschluss eines

1) Vgl. l. 17 C. de fid. inst. 4,21.
2) Vgl. Maas S 78.

schriftlichen Vertrages zu genügen."[3] Maas verlangt daher Auswechselung persönlich unterschriebener Depeschen zwischen den Kontrahenten unter gleichzeitiger Hinzufügung von Beglaubigungen seitens zuständiger Behörden. Diesem schwerfälligen Verfahren gegenüber bestimmt § 127 BGB: Zur Wahrung der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form genügt, soweit nicht ein anderer Wille anzunehmen ist, telegraphische Übermittelung. Dem Wortlaut des Gesetzes entsprechend ist also zur Wahrung der Schriftform nicht einmal eigenhändige Unterschrift des Autors notwendig.[4] Doch hat die Zustellung einer Depesche zwecks Beobachtung der Form nur den Charakter einer vorläufigen Massregel; denn § 127 Satz 2 BGB. bestimmt, dass nachträglich eine dem § 126 entsprechende Beurkundung verlangt werden kann.

§ 2. 2. Abschluss des Vertrages durch den Telegraph.

Die wichtigste allgemeine Frage aus dem Telegraphenrecht d. h. dem Komplex der Rechtssätze, die das Verhältnis zwischen Absender, Übermittler und Empfänger der Depesche regeln, ist folgende: Wann wird ein durch den Telegraph vermittelter Vertrag perfekt? Vorausgesetzt sei vorläufig die Übereinstimmung zwischen der aufgegebenen und ausgefertigten Depesche. Der Zeitpunkt der Perfektion

3) Ähnlich Mittermaier a. a. O. S. 47; für die Zulässigkeit Meili a. a. O. S. 66, unter der Voraussetzung, dass der Absender die Aufgabedepesche persönlich unterzeichnet hat.

4) Abw. Cosack a. a. O. S. 187.

der Verträge inter absentes ist im Gemeinen Recht bestritten. Normaler Weise kommt ein Kontrakt unter Abwesenden dadurch zustande, dass die eine Partei, der Offerent, der Gegenpartei, dem Oblat, einen Vertragsantrag macht, den dieser dann acceptirt.[1] Die Offerte muss derart bestimmt gehalten sein, dass mit der einfachen Zustimmung des Oblaten eine Einigung über die essentialia negotii herbeigeführt wird und nach Absicht des Offerenten auch herbeigeführt werden soll.[2] Der Natur der Offerte als empfangsbedürftiger Willenserklärung entsprechend, ist zur Entstehung eines rechtsverbindlichen Vertragsantrags ferner notwendig die Absendung an den Oblaten seitens des Offerenten.[3] — Ganz allgemein gehaltene Aufforderungen zum Kontraktschluss (wie gewöhnlich gedruckte Offerten an das Publikum) dienen blos zur Einleitung von Vertragsverhandlungen. Durch sie soll der Adressat bestimmt werden, seinerseits mit Angeboten heranzutreten. Die Offerte an sich wird im Gemeinen Recht nicht als Rechtsgeschäft angesehen. Hat aber der Adressat einmal von ihr Kenntnis erhalten, so ist der Offerent allerdings an seine Erklärung mit Rücksicht auf die bona fides und soweit diese es verlangt, gebunden, und zwar für die Dauer einer angemessenen Annahmefrist.

---

1) Offerte und Accept sind die beiden zum Vertragsschluss erforderlichen Willenserklärungen und Vertragselemente, die durch ihr Zusammentreffen den Vertrag erzeugen.“ So Kohler a. a. O. S. 286. Kahler a. a. O. S. 36 fg.

2) Vgl. z. B. Maas a. a. O. S. 39; Kahler a. a. O. S. 25 fg.

3) Vgl. Kahler a. a. O. S. 30 fg.

Insoweit fällt also auch die Offerte unter den Begriff der „Willenserklärung."[4] Der Abschluss eines Vertrages erfordert den consensus der Parteien. Bestritten ist im Gemeinen Recht, ob der Kontrakt inter absentes perfekt wird mit der Erklärung des consensus an sich (Äusserungstheorie) oder im Moment, wo der consensus dem Offerenten bekannt wird. (Vernehmungstheorie). Die praktisch brauchbarste Lösung liegt zwischen beiden Extremen (Empfangstheorie.)[5] Hiernach wird eine telegraphisch geäusserte Erklärung in dem Augenblicke perfekt, wo sie dem Empfänger „zugeht", d. h. in dem Augenblick, wo er die Möglichkeit erhält, sich von dem Inhalt der Depesche in Kenntnis zu setzen. Solange also das Telegramm nicht dem Adressaten zugestellt ist, gehört die in ihm enthaltene Willensäusserung der Rechtssphäre des Absenders an. Er kann sie beliebig widerrufen und verändern. Es genügt demnach einerseits nicht, dass die Erklärung die Richtung auf den Empfänger nimmt, (Äusserungstheorie), anderseits ist nicht erforderlich, dass der Adressat die Möglichkeit der Kenntnisnahme benutzt und das Telegramm thatsächlich liest (Vernehmungstheorie).

4) Vgl. z. B. Kahler a. a. O. S. 14 fg.. BGB. zählt Offerte und Accept zu den einseitigen, empfangsbedürftigen Willenserklärungen.

5) Sie ist anerkannt in den neueren Kodifikationen: ALR. T. I. Tit. 5 § 96, 105; a. HGB. Art. 319, 320; BGB. § 130, 151. Eine Verteidigung der Empfangstheorie mit besonderer Berücksichtigung des telegraphischen Verkehrs enthält u. A. Maas a. a. O. S. 42.

Die Anwendung der Empfangstheorie[6] auf die Frage nach dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses ergiebt unter Berücksichtigung der besonderen Natur der Annahmeerklärung folgende Grundsätze: Es ist zu unterscheiden zwischen Offerten, bei denen der consensus der Parteien an sich den Vertragsschluss herbeigeführt und solchen, die eine ausdrückliche Annahmeerklärung dem Offerenten gegenüber verlangen. Zu welcher Art von Offerten ein bestimmter Vertragsantrag zu stellen ist, bleibt quaestio facti. Ergiebt sich aus der Offerte selbst oder aus den Regeln der Verkehrssitte, dass eine Zusageerklärung dem Offerenten gegenüber nicht verlangt wird, so genügt zur Perfektion des Vertrags jedes factum concludeus, in welchem der consensus des Adressaten sich äussert. Wird eine ausdrückliche Antwort auf den Vertragsantrag erwartet, so ist zum Abschluss des Vertrags erforderlich, dass die Acceptationserklärung dem Offerenten zugeht; genügen müsste auch eine Annahme, seitens des Oblaten, die aus einer dem Antragsteller gegenüber vorgenommenen Handlung stillschweigend zu entnehmen wäre.[7] Der Moment der Annahmevollendung ist gleichzeitig auch

6) Vgl. Maas a. a. O. S. 45 erklärt: „Wer die Empfangstheorie nicht als richtig anerkennt, kann die Telegraphie nicht als passendes Erklärungsmittel ansehen. Denn nach der Entäusserungstheorie leistet der telegraphische Verkehr zu viel, nach der Vernehmungstheorie zu wenig.

Über den Streit der Theorieen s. Kahler S. 74 fg.; Maas S. 42 fg.; Kohler S. 293 fg. Für die Empfangstheorie auch Kuhlenbeck S. 290.

7) Über die Zulässigkeit und Möglichkeit einer solchen stillschweigenden Annahme s. Kahler a. a. O. S. 68; Kohler S. 318 fg.

das Datum des Vertrages.[8] Die Frage, wie lange eine Offerte widerruflich ist, wird von der herrschenden Meinung des Gemeinen Rechts dahin beantwortet, dass der Offerent bis zum Moment des Vertragsschlusses zum Widerruf berechtigt sein soll.[9] BGB. § 145 bestimmt, der Auffassung des alten HGB. folgend:[10] „Wer einem Anderen die Schliessung eines Vertrags anträgt, ist an den Antrag gebunden, es sei denn, dass er die Gebundenheit ausgeschlossen hat."[11] Daraus folgt, dass der Widerruf spätestens gleichzeitig mit der Offerte dem Empfänger zugehen muss, um den Vertragsantrag hinfällig zu machen. (So BGB. § 130).

B. Der Vertragsschluss bei einer Telegrammverstümmelung.

I. Gemeines Recht.

§ 3.

a. Begriff und Arten der Telegrammverstümmelung.

Der thatsächliche Vorgang bei der telegraphischen Übermittelung ist folgender: Der Absender des Telegramms giebt auf dem Telegraphenamt seines Aufenthaltsortes eine (heute notwendig schriftliche)

8) S. Maas a. a. O. S. 73.

9) Nach der herrschenden Auffassung kennt das Römische Recht keine einseitige Bindung des Offerenten durch die Stellung der Offerte. Die Bindung soll erst durch den Vertragsschluss selbst herbeigeführt werden. So z. B. Windscheid § 307 Anm 7a. Dagegen namentlich: Koeppen S. 324 fg.; Maas S. 51; Kohler S. 304 fg.

10) Vgl. a. HGB. Art. 319.

11) Näheres über die Zulässigkeit des Widerrufs s. Kahler S. 53.

Erklärung ab. Der Telegraphenbeamte setzt sich dann mit dem Bestimmungsort der Depesche direkt oder indirekt (durch Zwischenstationen) in Verbindung und überträgt auf den telegraphischen Apparat die den Wortlaut der Urschrift verkörpernden Zeichen. Mit Hülfe der elektrischen Kraft werden diese Zeichen auf dem Schreibapparat des Bestimmungsortes reproduziert und von dem betreffenden Beamten wieder rückübersetzt. Die Übersetzung wird in einer Ausgabe-Depesche niedergelegt und diese dem Adressaten ausgehändigt.[1] Aufgabe dieser Arbeit ist es, die rechtlichen Folgen darzustellen, die sich anknüpfen an eine Abirrung der durch den Urheber abgegebenen von der dem Empfänger zugehenden Erklärung, also an eine Divergenz der ausgefertigten von der aufgegebenen Depesche. — Eine solche „Telegrammverstümmelung" kann beruhen auf einer Verfälschung des Wortlautes der Urschrift. Fahrlässigkeit oder Vorsatz des Beamten, undeutliche Schrift des Erklärenden, Störung der elektrischen Leitung durch natürliche Einflüsse oder durch Menschenhand können die Ursache sein. Eine „unrichtige Übermittelung" im weiteren Sinne liegt auch dann vor, wenn eine Verwechslung des Bestimmungsortes oder der Person des Adressaten eintritt, wenn die Beförderung der Depesche über das gewöhnliche Mass hinaus verzögert wird oder das Telegramm überhaupt abhanden kommt. Dagegen wird im folgenden stets vorausgesetzt, dass die zu übermittelnde Erklärung selbst „echt" ist, d. h. dass sie von dem

1) Vgl. z. B. Maas S. 22.

unterzeichneten Absender auch thatsächlich herrührt. Aus einem Schein einer Erklärung können sich rechtliche Folgen für den vermeintlichen Autor überhaupt nicht ergeben, da jeder Kausalzusammenhang zwischen einem Handeln seinerseits und dem Erfolg (der Ankunft der gefälschten Depesche) fehlt. In solchen Fällen kann nur eine Verantwortlichkeit des Fälschers in Frage stehen. — Nicht hierher gehört ferner der Fall, dass die aufgegebene Erklärung an sich irrtümlich war. Unter dieser Voraussetzung kommen die allgemeinen Regeln der Irrtumslehre zur Anwendung (Also Nichtigkeit des Vertrages bei wesentlichem Irrtum und Haftung für das negative Vertragsinteresse). Rechtliche Folgen wird eine Telegrammverstümmelung meist nur haben, soweit es sich um Übermittelung von Willensäusserungen der Parteien handelt. Doch kann auch die unrichtige Beförderung rechtlich irrelevanter Erklärungen einen Schaden herbeiführen, sodass die Frage nach der Haftung auch hier auftritt. Besonders zu beachten ist der Fall, dass der Telegraph aus einer gewöhnlichen Erklärung eine „Willenserklärung" macht, z. B.: Der Banquier A telegraphiert an B den Kursstand einer bestimmten Aktie, der Beamte fügt das Wort „offeriere" hinzu und macht so aus dem Börsenbericht einen Verkaufsantrag.

Zwei Hauptfragen ergeben sich aus dem Thatbestand der Telegrammsverstümmelung:

a. Ist auch die durch die Mittelsperson entstellte Willenserklärung für ihren Urheber verbindlich?

Kann namentlich auf ihrer Grundlage ein Vertrag zustande kommen?

b. Kann der Absender der Depesche für den aus der Abirrung seiner Erklärung entstandenen Schaden ersatzpflishtig gemacht werden?

§ 4.

b. Natur und rechtliche Bedeutung der Ankunftsdepesche.

Zur Beantwortung der Frage, ob ein Vertrag auch durch Acceptation einer verfälschten Offerte zustande kommen kann, bedarf es zunächst einer näheren Untersuchung der rechtlichen Bedeutung der dem Adressaten zugehenden Depesche. Dass Verträge inter absentes[1] ebenso gut durch den Telegraph abgeschlossen werden können wie durch Brief (per epistolam)[2] oder mündlich durch Vermittelung eines Boten (per nuntiun), wurde bereits ausgeführt (vgl § 2). Zweifeln kann man, ob die telegraphische Übermittelung mehr nach Analogie des ersten oder des zweitens Falles zu behandeln ist. Die Gleichstellung von Telegramm und Brief[3]

1) Dass der telegraphisch geschlossene Vertrag nach den Grundsätzen über Verträge inter absentes zu beurteilen ist. gilt nicht ausnahmslos. Verkehren die Parteien mittelst eines Privattelegraphen, der ihnen unbeschränkt zur Verfügung steht. so kommen die Regeln über einen Vertrag inter praesentes zur Anwendung, da sich die Parteien „zur Gedanken- und Willenskommunikation gegenüberstehen." So Kohler a. a. O. S. 301; Maas a. a. O. S. 59; Kahler a. a. O. S. 10.

2) Vgl. auch Maas a. a. O. S. 34; Kohler a. a. O. S. 302.

3) Vertreten von Koeppen a. a. O. S. 386; Fuchs a. a. O. S. 97. Im wesentlichen stellt auch Maas a. a. O. S. 37 Brief und Telegraphie als gleichbedeutend neben einander.

hätte die Konsequenz, dass die Ankunftsdepesche die Geltung einer authentischen Erklärung des Absenders beanspruchen könnte. Doch diese Auffassung ist unhaltbar, wenn man auf das Wesen der telegraphischen Übermittelung zurückgeht. Brief und Telegramm haben thatsächlich nur das gemeinsam, dass eine schriftlich fixierte Erklärung an den Adressaten gelangt. Aber auch dieses äusserliche Moment ist für die Telegraphie nicht wesentlich. Eine mündliche Wiedergabe der übermittelten Erklärung an den Empfänger wäre an sich sehr wohl denkbar. Nur aus Zweckmässigkeitsgründen ist Schriftlichkeit der Form vorgeschrieben.[4] Der grundlegende Unterschied[5] des Briefes von der Depesche liegt darin, dass der Adressat eines Briefes (den Fall der Fälschung natürlich ausgeschlossen), die Erklärung des Autors im Original erhält. Der Empfänger hat damit eine entscheidende Beweisurkunde für den Fall eines Prozesses in Händen. Der Brief verkörpert die Willensäusserung ihres Urhebers in ähnlich autoritativer und in Folge der individuellen Eigenheiten der Schrift nach aussen hin erkennbaren Weise wie sein Wort; er ist das Produkt der unmittelbaren Bethätigung des Schreibers. Anders das Telegramm. Die einzige authentische Erklärung ist die auf dem Telegraphenamt niedergelegte Urschrift der Depesche. Sie allein lässt sich mit einem Brief vergleichen. Für

4) Es ist daher nicht korrekt, wenn Maas a. a. O. S. 34 sagt: „das Medium der Schrift ist es, welches im Brief wie im Telegramm den Gedankenaustausch ermöglicht."

5) Vgl. z. B.: Mittermaier a. a. O. S. 6; Reyscher a. a. O. S. 290.

sie ist der Urheber verantwortlich. Denn in ihr hat er seinen Willen niedergelegt. Die Depesche, die an den Adressaten gelangt, kann denselben Anspruch auf Authenticität nicht machen. Das ausgefertigte Telegramm enthält nur die „Entzifferung gewisser Zeichen“ [6] durch den Telegraphisten des Ankunftsortes. Ob und inwieweit der Empfänger das ihm zugehende Telegramm thatsächlich als Willensäusserung seines Autors ansehen darf, hängt also von der Übereinstimmung mit der Aufgabedepesche ab.[7] Als Original eines Briefes kann die Depesche schon deshalb nicht gelten, weil kein Wort, auch nicht die Unterschrift des ausgefertigten Telegramms von der Hand des Erklärenden herrührt, also als direkter Ausfluss seiner Willensbethätigung gelten kann. Ebensowenig darf man von einer unbedingt glaubwürdigen Abschrift reden.[8] Eine beglaubigte Kopie (und nur eine solche könnte im Prozess das Original ersetzen) verlangt doch, dass bei ihrer Abfassung die Urkunde selbt vorgelegen hat. Das fehlt hier. Die Urschrift des Telegramms bleibt am Aufgabeort liegen und kommt den Telegraphisten auf den Zwischenstationen und am Ankunftsort gar nicht zu Gesicht. Die Ausgabedepesche ist also überhaupt keine Urkunde im

---

6) Mittermaier a. a. O. S. 6.

7) Maas a. a. O. S. 26 sieht in der Empfangsdepesche für den Empfänger ein Beweismittel über die Thatsache, dass die unterzeichnete Person dem Adressaten eine dem Inhalt der Depesche entsprechende Mitteilung hat machen wollen. Diese Definition setzt die Übereinstimmung beider Schriftstücke voraus. Für den Fall einer Telegrammverstümmelung legt sie der Ankunftsdepesche einen ihr nicht zukommenden Wert bei.

8) Busch a. a. O. S. 8.

prozessrechtlichen Sinne.[9] Sie kann zum Beweise rechtlich erheblicher Vorgänge nicht dienen, da sie weder die originale Willenserklärung des Urhebers noch eine beglaubigte Abschrift darstellt. Dass die Depesche vielleicht eine faktische, keinesfalls aber eine gesetzliche Vermutung der Richtigkeit für sich hat, ergiebt sich daraus, dass der Telegraphenbeamte keinen öffentlichen Glauben geniesst, wie z. B.: Richterliche Beamte oder Notare.[10] Noch eine Reihe weiterer Unterschiede sprechen gegen die Zulässigkeit einer Identifizierung von Depesche und Brief. U. a.: Die telegraphische Erklärung wird durch eine ganze Reihe von Zwischenpersonen weiterbefördert, von deren Zuverlässigkeit und Fähigkeit die Richtigkeit der Übermittelung abhängt; ein Gewitter, eine Störung des Apparats kann unbemerkt Entstellungen in der Übertragung der Zeichen herbeiführen u. s. w. Der Brief hat höchstens unter einer Verwechselung der Adressaten zu leiden.[11]

Im Prozess würde das Ankunftstelegramm also nur beweisen, in welcher Form die zu übermittelnde Erklärung dem Empfänger thatsächlich zugegangen ist. Stimmen beide Urkunden nicht überein, so

---

9) § 416 CPO. Da die Unterschrift des Ausstellers oder eine notarielle Beglaubigung der Ankunftsdepesche fehlen, so genügt sie den Anforderungen dieses Paragraphen nicht; die Würdigung der Beweiskraft einer Depesche unterliegt also dem richterlichen Ermessen. Vgl. Maas a. a. O. S. 27.

10) Ausführlich darüber: Mittermaier a. a. O. S. 27. So auch Maas S. 27, der ein Urteil des ROHG. vom 22. Jan. 1879 erwähnt, das dem Telegraphisten die Qualität eines öffentlichen Beamten zuweist.

11) Eine Aufzählung der wesentlichen Unterschiede zwischen Brief und Telegramm giebt Maas a. a. O. S. 35.

entscheidet zur Feststellung der Willensäusserung des Absenders allein die von diesem aufgegebene Depesche. Sie allein trägt den Charakter einer Urkunde.[12] Es ist also unrichtig, wenn gesagt wird, das Aufgabetelegramm enthalte das, was der Absender habe sagen wollen (gleich Konzept eines Briefes); die Ankunftsdepesche dagegen das, was er wirklich gesagt habe (gleich Original eines Briefes).[13] Man führt für diese Auffassung wohl noch an,[14] der Depesche sei die Geltung beizulegen, die die Parteien ihr geben wollten, das entscheidende Gewicht sei nicht auf die Art ihrer Entstehung zu legen. Das Telegramm solle doch für die Vertragschliessenden den Effekt des Briefes vertreten, sonst würde sich bei der entstehenden Unsicherheit Niemand mehr auf einen Kontraktschluss durch den Telegraph einlassen. Zunächst liegt hierin eine Übertreibung: Die Thatsache, dass Telegrammverstümmelungen relativ selten sind, lässt das vorhandene Risiko im Hinblick auf die unschätzbare Verkehrserleichterung ganz zurücktreten. Im übrigen mag die erwähnte Auffassung de lege ferenda manches für sich haben. Solange jedoch positive Gesetzesvorschriften einem etwa bestehenden Verkehrsinteresse nicht zur Seite treten, muss für die Beweiskraft einer Urkunde der Umstand massgebend bleiben, wie sie entstanden ist und nicht, wie eine der Parteien sie zu ihrem Vorteil behandelt wissen möchte.[14]

---

12) Maas a. a. O. S. 24.
13) So Fuchs a. a. O. S. 97 ffg.
14) Mass a. a. O. S. 28 legt der Ankunftsdepesche eine viel zu weitgehende Bedeutung bei. Er giebt zu, dass sie thatsächlich

§ 5.

c. Zulässigkeit der Analogie des Boten.

Eine Reihe von Anhaltspunkten rechtfertigen den Vergleich der Telegraphenanstalt mit einem Boten, der die ihm mündlich aufgetragene Erklärung dem Adressaten übermitteln soll. Mittermaier[1] findet es allerdings bedauernswert, dass neue den Römern absolut unbekannte Rechtsinstitute mit Gewalt nach Analogie eines römischen Instituts behandelt werden sollen. In Ermangelung von Sonderbestimmungen ist ein anderer Ausweg jedoch nicht gegeben. Dass übrigens die Analogie des Boten für die Beurteilung des vorliegenden Verhältnisses zutreffend und naheliegend ist, wird von den meisten Autoren anerkannt.[2] In beiden Fällen geht die Absicht des Erklärenden dahin, die Mittelperson als Sprachrohr, als Werkzeug zu benutzen; mit ihrer Hülfe will der Autor der Gegenpartei seine Willenserklärung kundgeben. Noch augenfälliger erscheint die Gleichstellung, wenn man sich den theoretisch möglichen Fall denkt, dass an Stelle der beiden Urkunden mündliche Erklärungen treten. Der Prozess der telegraphischen Übermittelung lässt sich wohl mit dem im Kopfe des nuntius vorgehenden Gedankenprozess vergleichen. Der Hauptunterschied liegt dann darin, dass in einem Fall eine physische

---

den Anforderungen einer Urkunde im prozessrechtlichen Sinne nicht entspricht, spricht ihr aber dennoch die Beweiskraft einer Urkunde kraft richterlichen Ermessens zu. Seiner Ansicht nach kann ein selbständiger Beweis allein durch die ausgefertigte Depesche geführt werden.

1) Mittermaier a. a. O. S. 25.

2) Koch a. a. O. S. 351 Note 3, Bd. 2; Busch a. a. O. S. 6; Bähr VI, S. 303.

Person, im anderen eine juristische Person, eine Anstalt, mit der Beförderung betraut wird. Gegen die Analogie wird eingewandt,[3] dass der Bote der Gegenpartei doch bedeutend sicherere und ausführlichere Auskunft erteilen könne, als der Telegraph, welcher die wenigen Worte des Absenders mitteilt und jede weitere Auslegung dem Scharfsinn des Empfängers überlässt.[4] Aber damit setzt man bereits voraus, dass der Bote den nötigen guten Willen und das nötige Gedächtnis hat. Die Gefahr einer Entstellung dürfte bei der telegraphischen Übermittelung kaum grösser sein. Man hat die Telegraphenverwaltung als Mandatar, Dolmetscher oder Makler behandeln wollen. Diese Vorschläge erscheinen falsch, soweit dabei an die Erteilung einer Vollmacht an die Zwischenperson gedacht wird. Sollen dagegen diese Personen ausschliesslich die Erklärungen des Auftraggebers weitergeben, so haben sie im Verhältnis der kontrahierenden Parteien zu einander die gleiche Stellung wie ein nuntius, sodass der Streit praktisch ziemlich bedeutungslos ist. Ist also die Analogie des Boten an sich annehmbar, so ist doch damit für die Beurteilung der an die Telegrammverstümmelung anschliessenden Fragen wenig gewonnen, da auch die Konsequenzen der Enstellung einer Botschaft im Gemeinen Recht bestritten sind. Die Römer scheinen sich des nuntius nicht allzu häufig bedient zu haben; jedenfalls behandeln die

3) Mittermaier a. a. O. S. 27; Reyscher S. 292.

4) Meili S. 27 hält die Stellung der Telegraphenverwaltung für bedeutend freier, als die des Boten.

Quellen den Fall der unrichtigen Übermittelung einer Erklärung durch den Boten nicht näher. Die Frage einer eventuellen Ersatzpflicht des Erklärenden für einen Schaden, der aus verfälschten Aussagen der Zwischenperson resultiert, erwähnt das Römische Recht auch nicht andeutungsweise.

§ 6.

d. Möglichkeit eines Vertragsschlusses auf Grund einer entstellten Offerte

In Ermangelung von Sonderbestimmungen ist zu untersuchen, ob die allgemeinen Erfordernisse des Zustandekommens eines Vertrags als gegeben zu betrachten sind, wenn der Adressat die ihm entstellt zugehende Offerte acceptiert. Unbedingt erforderlich zum Abschluss eines Kontrakts ist der consensus der Parteien über die essentialia negotii. Ist dieser wenigstens formell erreicht, d. h. liegen zwei übereinstimmende, sich ergänzende Willenserklärungen vor, so gelangt der Vertrag zur Entstehung. Fasst man also die Ankunftsdepesche als Originalbrief auf, lässt man sie als Willensäusserung des Absenders unbedingt gelten, so ist mit der Annahme der äusserliche consensus erreicht; der Vertrag wäre existent geworden. Allerdings würde dieser Kontrakt nachträglich bei Aufdeckung des Irrtums, der in dem Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung beruht, hinfällig.[1] Aber diese Nichtigkeit

1) Vgl. das Urteil in dem erwähnten Kölner Prozess, siehe Reyscher a. a. O. S. 456.

steht dem Nichtzustandekommen des Vertrages auch praktisch nicht gleich. So müssten die Regeln der allgemeinen Irrtumslehre bezüglich der „Wesentlichkeit" des Irrtums eingreifen, während ohne den Abschluss des Vertrages betreffs der Bedeutung des Dissenses andere Grundsätze massgebend sind (vgl. unten § 8).

Nach unserer Annahme war allein die in der Aufgabedepesche niedergelegte Willensäusserung massgebend; die Telegraphenverwaltung ist als nuntius nur Träger fremden Willens. Verlässt sie diese Rolle, indem sie die Erklärung verstümmelt wiedergiebt, so überschreitet sie damit ihren Auftrag und ihre Befugnis. Der nuntius ist ein Werkzeug und kann nur Werkzeug bleiben; die Vertretung im Willen des Geschäftsherrn ist ihm nicht gegeben.[2] Die verstümmelte Depesche ist also auch unter Berücksichtigung der Analogie des Boten nicht als Willensäusserung des Absenders anzusehen oder als solche zu fingieren.[3] Auf Grund einer

2) Für den Fall, dass der nuntius auf Grund eines Mandats bestellt ist, gelten folgende Stellen:

§ 8. J. III. 26:

Is qui exequitur mandatum, non debet excedere finem mandati.

l. 5. D. Mandati XVII 1.:

Diligenter igitur fines mandati custodiendi sunt, nam qui excessit, aliud quid facere videtur.

Ähnlich: Busch a. a. O. S. 13; Reyscher a. a. O. S. 293.

3) So wohl Bähr XIV a. a. O. S. 401: „unter Willensäusserung ist auch jedes Hervorrufen der äusseren Erscheinung des Willens zu begreifen." Aus der Analogie des Telegraphen mit einem Boten gelangt also Bähr zu einer unbedingten Haftung des Depeschen-Absenders. (s. auch Bähr VI. S. 303 fg.).

abgeirrten Erklärung kommt demnach ein Vertrag überhaupt nicht zustande. Es fehlt sowohl der Wille als auch die Willensäusserung. Dasselbe gilt auch bei Verwechslungen des Adressaten durch den nuntius. Die authentische Willenserklärung (Aufgabedepesche) wendet sich an eine andere Person, also mangelt es einer dem Vertrage wesentlichen Grundlagen: an dem Vorhandensein der Gegenpartei. Auch in dem bekannten Kölner Prozesse ist es nach den entwickelten Prinzipien zu einem Vertragsabschluss nicht gekommen. Die Willensäusserung des Hauses Oppenheim lautete auf „kaufen". Die Annahme des Hauses Weiller bezog sich auf einen Verkauf. Also gingen vom Anfang an die Willenserklärungen auseinander, ein Kontrakt konnte nicht entstehen.[4]

§ 7.

e. Die Folgen der Verzögerung einer Depesche.

Im weiteren Sinne kann man auch in jeder verspäteten Ankunft eines Telegrammes eine „Entstellung" der Erklärung erblicken. Der Absender rechnet darauf, dass seine Mitteilung der Gegenpartei binnen einer normalen Beförderungsfrist zugeht. Die Folgen der Verzögerung einer Depesche sind verschieden bei empfangsbedürftigen und nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen. Letztere werden bereits mit der Aufgabe des Telegramms

4) So auch das Urteil des Landgerichts Köln und die meisten Autoren. z. B. Melliger S. 213.

perfekt. Verspätung und ebenso vollständiges Abhandenkommen der Depesche ist für die Wirksamkeit einer solchen Erklärung ohne Bedeutung. Zur Perfektion einer empfangsbedürftigen Willensäusserung ist notwendig, dass sie der Gegenpartei rechtzeitig zugeht. Die Gefahr der Unterschlagung eines Telegramms trifft also stets den Absender; seine Erklärung wird als gar nicht abgegeben betrachtet. Der Begriff der Rechtzeitigkeit ist für die einzelnen Fälle sehr verschieden. Die Verzögerung einer telegraphischen Kündigung ist belanglos, wenn die Depesche noch innerhalb der gesetzlichen Frist eintrifft. Wird die für eine Offerte gesetzte Annahmefrist infolge irgend eines Umstandes überschritten, so gilt der Vertrag als gescheitert.[1] Natürlich kann die Gegenpartei das verspätete Accept als neue Offerte behandeln und daraufhin einen neuen Vertrag abschliessen.[2] Nach denselben Grundsätzen ist zu beurteilen, ob ein Vertragsantrag, der dem Oblaten verspätet zugeht, den Offerenten noch bindet. Ist die Acceptationsfrist, vom Zeitpunkt der Aufgabe der Depesche aus berechnet, schon verstrichen, so hat die Offerte ihre verpflichtende Kraft damit verloren.[3]

---

1) Maas a. a. O. S. 61 verlangt auf eine telegraphische Offerte eine Antwort binnen spätestens 24 Stunden. Diese Bestimmung dürfte wohl zu schematisch sein. — Verlangt der Offerent „sofortige Drahtantwort", so kann dies nur „heutige Antwort" heissen. So Kuhlenbeck S. 287.

2) So ausdrücklich BGB. S. 150.

3) Über die subjektive Berechnung der Wartefrist vom Standpunkt des Absenders s. Kahler a. a. O. S. 41 fg.

Die nicht mehr rechtzeitig eintreffende Willenserklärung gilt also als gar nicht erfolgt.[4] Der Oblat trägt demnach die Gefahr einer zufälligen Verspätung des Vertragsantrags wie der Annahmeerklärung.

§ 8.

f. Die „wesentliche" Abirrung.

Dass nicht jede Abirrung der Willenserklärung den Vertragsschluss hindert, liegt auf der Hand. Ist z. B. das Datum auf der Depesche gefälscht oder der Name des Aufgabeortes weggelassen, so wird das die Vollgültigkeit des Vertrages nicht alterieren.[1] Erst dann wird die Abirreng von Bedeutung, wenn dadurch der consensus der Parteien ausgeschlossen erscheint. Entstellungen rein formeller Art sind also stets irrelevant. In der fehlenden Willensübereinstimmung allein liegt ja der Grund zum Nichtzustandekommen des Vertrags. Im einzelnen Fall wird man also fragen müssen: Hätte die erklärende Partei den Abschluss des Kontraktes abhängig gemacht von der Einigung über den

4) Über die Berechnung der Gebundenheitsfrist s. Maas a. a. O. 49; Kahler a. a. O. S. 40.

Möglich sind folgende Fälle:

a) Der Erklärende schliesst jede Gebundenheit aus.

b) Er bestimmt eine willkürliche Gebundenheitsfrist.

c) Er überlässt die Bestimmung dem Gesetz, welches eine billige Frist unter Berücksichtigung normaler Umstände normiert. (vgl. § 147 BGB.).

1) Vgl. Mittermaier a. a. O. S. 32; Busch S. 13.

Punkt, bezüglich dessen jetzt infolge der Telegrammverstümmelung Dissenz herrscht?[2] Steht hier das subjektive Empfinden über die Erheblichkeit eines Momentes für das Zustandekommen des Vertrages im Konflikt mit den normalen Anschauungen des Verkehrs, so entscheiden die rein persönlichen Erwägungen des Erklärenden. Jede Partei kann einen an sich nebensächlichen Punkt zur condicio sine qua non des Geschäftsabschlusses machen Thut sie es, so gehört dieses Moment zu den essentialia negatii, bezüglich deren eine Willenseinigung notwendig ist.[3] Z. B.: Der Juwelier A. telegaphiert dem B.: „Offeriere den gewünschten Schmuck zu 5010 Mk.;" das ausgefertigte Telegramm lautet auf 5001 Mk. Trotz der Geringfügigkeit der Preisdifferenz fehlt es an dem erforderlichen consensus, wenn sich der Juwelier thatsächlich nur auf Basis jenes Preises einigen wollte. Acceptiert der Empfänger der Depesche den fälschlich höher angegebenen Preis von 5100 Mk., so wird der Kontrakt meist perfekt werden, da sich das Einverständnis des Offerenten normaler Weise stillschweigend auch auf jede günstigere Bedingung erstreckt. Dass bei dem Irrtum in Willenserklärungen die objektiven Momente in den Vordergrund treten,

---

2) So Meili S. 120: durch Abirrung in rein accidentellen Punkten wird die Einigung nicht gestört.

3) Vgl. Kahler a. a. O. S. 28: Betrifft der Dissens einen unwesentlichen Punkt, so bleiben die übrigen Vertragsbestimmungen in Kraft und die infolge Unterbleibens der Vereinbarung entstehende Lücke ist nach den allgemeinen dispositiven Bestimmungen des Gesetzes zu ergänzen. (vgl. § 155 BGB.).

ist hier nicht analog anwendbar. In solchen Fällen hat sich der Handelnde durch seine bewusste Erklärung gebunden. Wenn hier der Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung nur in bezug auf objektiv wesentliche Momente beachtet wird, so ist das eine billige Konzession an das Prinzip der Selbstverantwortlichkeit für eigenes, persönliches Thun. Bei der Übermittelung ist nur die ursprüngliche Erklärung authentisch. Ob der Wille des Kontrahenten auch in der durch die Verstümmelung veränderten Offerte fortdauert ist zu entscheiden aus seinem rein subjektiven Empfinden über die Erheblichkeit des Dissensus. Ein Zwang zu Gunsten des Vertragsgegners wäre hier ungerechtfertigt. — Wer die bindende Willensäusserung in der Ankunftsdepesche sehen will, muss die Nichtigkeit des Vertrags natürlich nach den allgemeinen Grundsätzen der Irrtumslehre beurteilen. Dann kann man allerdings dazu kommen, in dem Eingangs erwähnten Kölner Fall den Vertrag gültig bestehen zu lassen, weil es sich um einen error non probabilis handele.[4] Zu diesem Resultat gelangt auch Bähr:[5] Er sieht in der Annahmedepesche eine (fingierte) Willenserklärung des Absenders. Wer behauptet, dass ihm der Wille in Wirklichkeit gefehlt habe, wird wegen unentschuldbaren Irrtums abgewiesen; er wird mit seiner Behauptung gar nicht gehört, falls die Gegenpartei bona fide ist. — Was für die Vertragsofferte gilt,

4) So Graf Pininski a. a. O. S. 534.
5) Bähr XIV. a. a. O. S. 401.

lässt sich auf jede Willenserklärung anwenden: ob z. B. eine telegraphische Kündigung, in der die Termine verfälscht sind, gültig bleibt, richtet sich darnach, ob der Wille des Erklärenden auch noch in dieser Verstümmelung enthalten ist oder nicht

§ 9.

g. Sind von der prinzipiellen Entscheidung Ausnahmen möglich?

Von dem oben entwickelten Prinzip, dass die wesentlich entstellte Depesche den Absender nicht bindet, sind Ausnahmen denkbar:

1. Gewiss kann der Absender bestimmen, jedes Telegramm, dass er der Gegenpartei zugehen lässt, solle ohne Rücksicht auf etwaige Verstümmelung angesehen werden als seine eigene, allein massgebende Willensäusserung. Die Telegraphenverwaltung steht dann den Adressaten gleichsam als bevollmächtigter Stellvertreter, nicht mehr als nuntius gegenüber; sie ist imstande, den Absender auch im Willen bindend zu vertreten. Eine so weitgehende Garantierung der Richtigkeit bezw. Verbindlichkeit der Depesche müsste natürlich vertragsmässig festgesetzt werden und wird in der Praxis thatsächlich kaum vorkommen. Nicht gleichbedeutend hiermit ist der Fall der Gefahrübernahme seitens des depeschierenden Teils.[1] Eine derartige Verabredung soll nur die Schadensersatzpflicht regeln. Die

1) Vgl. Busch a. a. O. S. 14.

Bedeutung der Ankunftsdepesche bleibt damit unverändert. Im Zweifel ist also der Telegraph stets nur ein Werkzeug, das den erklärten Willen weitergeben soll.

2. Die culpa des Absenders (z. B. undeutliche Schrift der Depesche) ist wohl bedeutungsvoll für die eventuelle Verpflichtung zum Schadensersatz. Ein Vertrag kommt auch bei einer solchen, vom Absender mitverschuldeten Telegrammsverstümmelung nicht zustande; der mangelnde consensus der Parteien wird damit nicht bedeutungslos.

3. Mehrere Autoren wollen für den Fall eine Ausnahme statuieren, dass das Telegramm einen Auftrag enthält. Trotz einer partiellen Entstellung der Depesche soll ein Mandatsvertrag gültig zustande kommen können.[2] Auch diese Anschauung ist in ihrer allgemeinen Formulierung zu verwerfen. (s. unten § 18.)

§ 10.

h. Ist die Nichtexistenz des Vertrages absolut oder relativ?

Ein Vertrag kommt bei einer wesentlichen Entstellung der telegraphischen Offerte nicht zustande. Ist diese Nichtexistenz des vermeintlich perfekten Kontraktes definitiv und unheilbar? Streng logisch wäre diese Lösung die richtigste. Der äusserlich vorliegende Vertrag hat überhaupt kein rechtliches Dasein erlangt; jede Partei müsste sich also ohne

2) So Becker a. a. O. S. 169.

weiteres und ausnahmslos hierauf berufen können. Der Fall läge genau so, als ob die Kontrahenden das Projekt eines Vertragsschlusses unter Anwesenden hätten fallen lassen, weil sie sich nicht einig werden konnten. Eine nachträgliche Genehmigung wäre undenkbar, da sie doch immerhin den Bestand eines gewissen Rechtsverhältnisses voraussetzt, dem dieser Willensakt zur Perfektion verhelfen soll.[1]

In der gemeinrechtlichen Litteratur hat man sich dagegen vielfach für die relative Nichtigkeit von Verträgen erklärt, bei denen der thatsächliche consensus fehlt [2]

In unserem Fall handelt es sich allerdings nicht um eine nachträgliche Nichtigkeit, sondern um das Nichtzustandekommen eines nur scheinbar bestehenden Vertrages. Jedoch sind beide Verhältnisse in dieser Beziehung wohl analog zu beurteilen. Es ist schwer einzusehen, warum nicht der Absender der Depesche das Recht haben soll, den Scheinkontrakt mit voller Wirksamkeit für und gegen sich gelten zu lassen. Der Gegenpartei, die von dem Mangel des consensus nichts weiss, geschieht damit sicherlich kein Unrecht.[3] Man darf also wohl annehmen, dass der Erklärende die Möglichkeit hat, nach Aufdeckung der Entstellung des Telegramms, durch seine nachträgliche Bestätigung die Scheinexistenz des Kontraktes mit rückwirkender Kraft zu heben. Damit

1) So z. B. Wächter a. a. O. Bd. I, § 84. I.

2) z. B.: Windscheid a. a. O. § 74 Note 6, § 83, Note 6, 10. Dernburg I, § 102 Note 15.

3) Unger a. a. O. S. 685.

würde allerdings die Nichtigkeit der Anfechtbarkeit nahe kommen. Jedenfalls besteht die Möglichkeit, den Vertrag nachträglich zu stande zu bringen. Die Acceptationserklärung des Adressaten wäre aufzufassen als neue Vertragsofferte;[4] erhält die Gegenpartei von ihr Kenntnis, so steht es ihr frei, diese Gegenofferte ausdrücklich oder stillschweigend zu acceptieren. Ein factum concludens der Annahme würde bereits darin liegen können, dass der Absender der entstellten Depesche auf die Geltendmachung der Nichtigkeit des Vertrags verzichtet. In diesem Fall handelt es sich aber nicht um Konvalescierung des ersten, sondern um Abschluss eines neuen Vertrages auf Basis der verfälschten Erklärung.

II. Bürgerliches Recht.

§ 11.

a. Prinzipielle Stellung des BGB.

Das BGB. hat die meisten der im Gemeinen Recht bezüglich der Konsequenzen einer Telegrammverstümmelung aufgeworfenen Kontroversen entschieden. Das geltende Recht beantwortet die an die Entstellung einer Willenserklärung durch Mittelspersonen sich anknüpfenden Fragen von einem prinzipiell anderen Standpunkt aus, als die bisher besprochenen Rechte. Zunächst ist die Analogie

4) Vgl. BGB. S. 150.

zwischen Telegraphenanstalt und Boten voll anerkannt und durchgeführt. § 120 BGB.[1] stellt die Übermittelung durch eine Person (nuntius) und eine Anstalt (Post, Telegraph) als absolut gleichbedeutend nebeneinander. Sodann wird die durch Vermittlung einer Zwischenperson an den Adressaten gelangte Willenserklärung bezüglich ihrer Bedeutung behandelt gleich der persönlichen Erklärung des Absenders (§ 120). Die Abirrung einer Erklärung ist also als spezieller Fall der allgemeinen Irrtumslehre einzureihen. Hierin spiegelt sich die Auffassung von Windscheid[2] wider: „Wer sich zur Übermittelung einer Äusserung eines Boten oder analog zu behandelnden Instituts bedient, der eignet sich das Resultat der von der Mittelsperson abgegebenen Erklärung als seine Erklärung an." Im einen Fall ist das Organ, durch das der Autor sich kundgiebt, sein Mund; im anderen Fall spricht er indirekt durch den Boten.[3] Zwischen beiden Vorgängen besteht insofern eine gewisse Gleichartigkeit. Das betonen auch die Motive,[4] obwohl sie zugeben, dass diese Gleichstellung theoretisch anfechtbar sei. Die überwiegende Doktrin des Gemeinen Rechts verkannte

1) § 120: Eine Willenserklärung, welche durch die zur Übermittelung verwendete Person oder Anstalt unrichtig übermittelt worden ist, kann unter den gleichen Voraussetzungen angefochten werden, wie eine nach § 119 irrtümlich abgegebene Willenserklärung.

2) Windscheid § 309 Note 6 (vgl. oben § 16); Staudinger § 120 Anm. 2; Leonhard S. 497; Crome S. 421, 2a.

3) Fleck S. 395: § 120 BGB. erklärt sich aus der Auffassung, dass der Bote nichts weiter als Organ ist.

4) Motive S. 203 ad § 101.

denn auch den gruudlegenden Unterschied nicht, der darin liegt, ob ich durch persönliche Bethätigung meinen Willen kundgebe oder mich zur Äusserung eines von mir unabhängigen, selbstständigen Organs (des Boten) bediene. Aus rein logischen Deduktionen heraus liess sich dieser Gegensatz nicht überbrücken vgl. § 4); hierzu bedurfte es einer positiven Gesetzesvorschrift. Die Bestimmung des § 120 findet ihre innere Rechtfertigung nicht in juristisch notwendiger Konsequenz, sondern in einem Interesse des Verkehrs. Der unbedingte Schutz des Vertrauens auf die bindende Kraft der in der Depesche enthaltenen Willensäusserung ihrem Urheber gegenüber enthält eine weitgehende Anerkennung und vielleicht auch Erhöhung der praktischen Bedeutung des Telegraphen. Das BGB. zeigt hier, wie in zahlreichen anderen Fällen, seine Geneigtheit, überall die Erfordernisse und Interessen der Verkehrssicherheit in den Vordergrund zu schieben. — Die Frage nach der Möglichkeit eines Vertragsschlusses auf Grund einer entstellten Depesche, die für das Gemeine Recht verneint werden musste (vgl. § 6), ist also nach Reichsrecht zu bejahen.[6] Nicht mehr der Inhalt der Aufgabedepesche, sondern der des ausgefertigten Telegramms bildet die Grundlage des Kontraktes zwischen Absender und Adressat; wird also eine verstümmelte Offerte in gehöriger Form acceptiert, so sind alle formellen Bedingungen des Zustandekommens eines Vertrags erfüllt. —

5) Vgl. Wlassak S. 12.

6) Über die Abgrenzung des § 120 vom Dissens; Wlassak a. a. O. S. 14.

Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 120 ist, das eine „Willensäusserung“ übermittelt wird, d. h. auch die Aufgabedepesche muss thatsächlich eine Willenserklärung im juristischen Sinne enthalten. Nach anderen Grundsätzen ist also der Fall zu beurteilen, dass eine rechtlich unerhebliche Erklärung durch Entstellung nachher in eine Willensäusserung umgewandelt wird. Eine derartige Willenserklärung wäre ohne weiteres nichtig und für den Urheber des Telegramms unverbindlich.[7] Zu einer über den Wortlaut des § 120 hinausgehenden Interpretion liegt auch kein Grund vor. Es wäre allzu unbillig, wollte man einer Person, die eine an sich bedeutungslose, zu nichts verpflichtende Mitteilung abgegeben hat, nun nachträglich einen reehtsgeschäftlichen Willen unterschieben. Über die eventuelle Schadensersatzpflicht entscheiden hier die Regeln bezüglich unerlaubter Handlungen (s. unter § 24). Im übrigen findet § 120 Anwendung auf empfangsbedürftige und nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen.[8] Die Verzögerung einer Depesche gilt nicht als „unrichtige Übermittelung“ im Sinne des § 120. Ist z. B. die für eine Offerte bestehende Annahmefrist infolge der verspäteten Ankunft der Depesche bereits verstrichen, so ist der in dieser enthaltene

7) So auch Planck ad § 120.

8) Bezüglich der nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen bemerkt Zitelmann Bd. II, S. 40: Nach der Absicht des Erklärenden soll in solchem Falle die Wirksamkeit der Erklärung, obwohl sie nicht empfangsbedürftig ist, doch nicht sofort mit ihrer Abgabe, sondern erst mit ihrer Ankunft beim Adressaten eintreten; bis dahin wäre daher auch eine Zurücknahme noch wirksam (?). Damit muss Hand in Hand gehen eine eventuelle Haftung.

Vertragsantrag ohne weiteres hinfällig. Ein Kontrakt kann also nicht zustande kommen, auch wenn der Oblat die verzögerte Depesche vermeintlich rechtzeitig acceptiert. Hierfür gelten ähnliche Grundsätze wie im gemeinen Recht (vgl. § 7) Eine Sonderbestimmung giebt und nur § 149 betreffend das verspätete Zugehen einer rechtzeitig abgesandten Annahmeerklärung. —

§ 12.

b. Die Behandlung der entstellten Willenserklärung.

1. Die Anfechtbarkeit.

Darüber, dass die Entstellung einer Willenserklärung anzusehen sei, als ein Fehlgriff im Ausdruck, als ein Versprechen oder Verschreiben ihres Urhebers, darüber war man sich schon bei Feststellung des ersten Entwurfs zu einem bürgerlichen Gesetzbuch einig. (Vgl. § 101 des I. Entwurfs). Streitig war bei Beratung des Gesetzes die Frage, welcher Einfluss dem Irrtum bezüglich der Wirksamkeit der Willensäusserung beizulegen sei. Der I. Entwurf vertrat noch ganz den römisch-rechtlichen Standpunkt und verlangte Nichtigkeit der Erklärung bei wesentlichem Irrtum auf Seiten des Urhebers. 98 §) des I. Entwurfs) Auch das Erfordernis der Entschuldbarkeit fand sich wieder. (§ 98 bestimmte Gültigkeit der Äusserung bei grober Fahrlässigkeit). Mit Recht wurden diese doktrinären Bestimmungen verworfen und die Nichtigkeit der Willenserklärung durch die Anfechtbarkeit ersetzt. Auch hier hat

man mit Rücksicht auf Verkehrsinteressen theoretische Bedenken zu überwinden gewusst. — Drei verschiedene Kategorien des Irrtums berechtigen nach § 119 BGB. zur Anfechtung: der Irrtum über den Inhalt einer Erklärung, über ihre äussere Gestaltung und über gewisse Eigenschaften der Sache oder Person. Die Abirrung ist anzusehen als Irrtum in der Form der Willensäusserung: der Urheber hat eine Erklärung in der Form, die er wirklich gebraucht hat, garnicht abgeben wollen. — Das Anfechtungsrecht setzt ferner voraus die Erheblichkeit der Abirrung. Der durch die Telegrammverstümmelung bewirkte Zwiespalt zwischen Aufgabe- und Ankunftsdepesche, die sich nach § 120 als Wille und Erklärung gegenüberstehen, muss derart wesentlich sein, „dass anzunehmen ist, der Urheber der Willensäusserung hätte sie bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben." (§ 119). Es entscheidet also das subjektive Empfinden des Irrenden, soweit es mit objektiven Verkehrsanschauungen harmoniert. Hiermit ist dem Anfechtungsrecht noch ein weiter Spielraum gelassen, z. B.: A sendet an B telegraphisch einen Auftrag zum Ankauf von Waaren die Depesche gelangt irrtümlich an den gleichnamigen C, einen Konkurrenten des B. Obwohl C den Auftrag ebenso gut ausführen könnte als B, hat A dennoch ein Anfechtungsrecht, wenn er vielleicht mit A in ständigem Geschäftsverkehr stand und deshalb nur mit diesem kontrahieren wollte. Denn auch „bei verständiger Würdigung des Falles"

hätte A den Auftrag seinem Geschäftsfreund B und nicht dem ihm fremden C erteilt. — Ist nur die Fassung der Depesche, nicht aber ihr Sinn entstellt, so liegt wohl überhaupt keine unrichtige Übermittelung vor; jedenfalls ist die Abirrung absolut unwesentlich; ein wirklicher Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung besteht nicht.[1] —

Die Anfechtung erfolgt in Form einer einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner (§ 143). Anfechtungsgegner ist bei einem Vertrag die Gegenpartei, bei einem einseitigem Rechtsgeschäft, dass einem Anderen gegenüber wahrzunehmen ist, dieser Andere. (§ 143 Abs. 2, 3).

Sobald die Anfechtung erfolgt ist, gilt das Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig (§ 142). Bis zum Augenblick der Anfechtung besteht also ein Schwebezustand. Dieser wird einmal beendet durch eine formlose Bestätigung der abgeirrten Erklärung, dann ist eine spätere Anfechtung ausgeschlossen. (§ 144 Abs. 1, 2). Ebenso kann in einem factum concludens ein Verzicht auf das Anfechtungsrecht liegen, z. B. in Erfüllung der Vertragsverbindlichkeiten seitens des Irrenden. Ausserdem ist das Anfechtungsrecht im Interesse der Gegenpartei zeitlich eng begrenzt. Die Anfechtung muss nämlich ohne schuldhaftes Zögern erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erhalten hat.

---

1) So z. B. Hölder ad § 120.

(§ 121). Sobald also der Absender die Entstellung seines Telegramms erfährt, muss er (unter Umständen vielleicht telegraphisch) der Gegenpartei mitteilen, dass er von seinem Recht zur Anfechtung Gebrauch machen wolle. Ob diese Anfechtungserklärung ihrerseits wieder entstellt wird oder gar verloren geht, ist gleichgültig. Nach § 121 Abs. 2 genügt die unverzügliche Absendung der Erklärung. Nach Ablauf von 30 Jahren seit Abgabe der entstellten Willensäusserung ist die Anfechtung ausgeschlossen (§ 121 Abs. 2, Satz 2). Durch Verschulden des Absenders (z. B. die Urschrift des Telegramms ist beinahe unleserlich geschrieben) wird das Anfechtungsrecht nicht ausgeschlossen. Die Bestimmung des Gemeinen Rechts, welche Entschuldbarkeit des Irrtums forderte, ist in das BGB. nicht aufgenommen. Unterbleibt die rechtzeitige Anfechtung, so findet der Schwebezustand sein Ende und die verstümmelte Willensäusserung wird unbedingt wirksam.

2. Fälle, bei denen die Anfechtung unnötig ist.

1. Bestritten ist, ob die durch den Telegraph vermittelte Erklärung auch dann als Willensäusserung des Absenders zu gelten hat, wenn dieser sich der Mittelsperson auf Aufforderung der Gegenpartei bedient. Dafür spricht vielleicht der Wortlaut des § 120 BGB.,[2] dagegen wohl die ratio legis.[3]

2) So Staudinger § 120 Anm. 3; Crome Bd. I. S. 422 Anm. 12; Matthiass I, § 52, 2b.

3) Vgl. Cosack § 64, III. 7.; Planck S. 170; Rehbein S. 136.

Telegraphiert A an B mit bezahlter Rückantwort, so ist der Telegraph auch bezüglich der Gegenerklärung des B ein Werkzeug, ein Organ, das der A dem B zur Verfügung stellt. Der Telegraph erscheint als Bote des A nicht des B (vgl. oben § 14). Übermittelt dieser nuntius des A die Erklärung des B entstellt, so ist in analoger Anwendung des § 120 A selbst derjenige, der „irrt". Während normaler Weise der Autor der Erklärung durch die Mittelsperson redet, muss man in diesem Ausnahmefall sich vorstellen, dass der Empfänger durch die Vermittelung der Telegraphenanstalt der Gegenpartei Gehör leiht. „Verhört" er sich, so fällt das ihm zur Last; der Absender braucht die verstümmelte Erklärung nicht anzufechten, denn er ist nur für die Urschrift des Telegramms verantwortlich; der Bote der Gegenpartei kann ihn nicht binden. Lautet also die verlangte telegraphische Rückantwort auf eine Vertragsofferte „angenommen" und der Telegraphenbeamte macht daraus „abgelehnt" so wird der Kontrakt trotz der Entstellung perfekt. Der Empfänger der Antwort hat nicht einmal ein Anfechtungsrecht, denn nach § 119 steht diese Befugnis nur dem Urheber der irrtümlich abgegebenen Willensäusserung selbst zu, nicht aber der Gegenpartei, die diese Erklärung falsch versteht. Auch das Veranlassungsprinzip entspricht wohl dieser Lösung. Natürlich muss die Aufforderung zur Benutzung des Telegraphen thatsächlich die Ursache für die Wahl des Korrespondenzmittels seitens des

Erklärenden sein. Der Hauptanwendungsfall bleibt wohl das Depeschieren mit bezahlter Antwort.

2. Manche Autoren halten eine Anfechtung auch dann für unnötig, wenn der Mittelsmann statt der ursprünglichen Erklärung eine ganz neue, dem Auftraggeber absolut fremde Erklärung übermittelt.[4] Auch hier soll die verstümmelte Depesche ohne weiteres nichtig sein, weil der § 120 voraussetze, dass die Willenserklärung „verderbt", nicht aber durch eine völlig anders geartete Äusserung ersetzt sei. Diese Ansicht ist wohl dem Wortlaut und der ratio des Gesetzes nach unhaltbar. Zunächst lässt sich eine Grenze zwischen „Verstümmelung" und vollständiger „Umänderung" gar nicht ziehen.[5] Mag ein böswilliger Beamter aus eine Kaufofferte einen Verkaufsantrag oder gar eine Mahnung machen: in beiden Fällen ist der Telegraph anzusehen als Sprachorgan des Absenders. Ebensogut wie durch ein Versprechen oder Verschreiben derartige Verwechslungen möglich sind, kann man auch hier eine in dieser Weise verfälschte Erklärung dem Autor der Depesche zuschieben. Auch in diesem Fall hat das Vertrauen des Adressaten Anspruch auf Schutz. Einer solchen Ausnahme würde jede innere Berechtigung fehlen, denn den Erfordernissen des § 120 ist genügt, sobald zwischen Aufgabe- und Abgabedepesche überhaupt noch ein Kausalzusammenhang besteht. Das Verhältnis von Ursache und Wirkung zwischen beiden Erklärungen lässt

4) So Cosack § 64, III. 7.
5) So auch Fleck S. 497.

sich selbst in folgendem, äussersten Fall noch erkennen: der Telegraphenbeamte erhält eine Depesche des ihm befreundeten A an den B zur Weiterbeförderung, in der ein Gesuch um ein Darlehen enthalten ist. Diese Depesche bringt ihn auf den Gedanken, dem A einen Streich zu spielen. Er wirft das Originaltelegramm einfach weg und setzt ganz selbständig eine neue Depesche an den B auf, in der er diesem im Namen des A dessen Haus zum Verkauf anbietet. Cosack[6] scheint in ähnlichen Fällen den in § 120 geforderten Begriff der Übermittelung zu vermissen. Dem gegenüber ist jedoch an dem weitesten Begriff der Kausalität festzuhalten. Denn sonst müsste man konsequent dazu kommen, den Urheber einer Erklärung überhaupt von der Veranwortlichkeit für sein Organ zu befreien, sobald die Mittelsperson vorsätzlich die Willensäusserung verfälscht d. h. sobald sie ihre Stellung als Werkzeug absichtlich aufgiebt. Eine Übermittelung, aufgefasst als mechanische Weiterbeförderung des vom Absender gegebenen Impulses, fehlt bei jeder dolosen Entstellung. Daraus, dass die Verstümmelung der Depesche mehr oder weniger drastisch ist, lässt sich ein prinzipieller Gegensatz, wie Cosack ihn aufstellt, nicht konstruieren. In logischer Durchführung der von Cosack gemachten Einschränkung des § 120 bemerkt daher Hölder:[7] „Übermittlung im Sinne des Gesetzes ist ein Vorgang, der nichts anderes als

6) Cosack § 64, III, 7. III.

7) Hölder ad § 120; Staudinger § 120 4b; Crome Bd. I, S. 422 Anm. 12.

die Übermittelung der von einem Anderen abgegebenen Erklärung bezweckt, aber diesen Zweck verfehlt. Teilt jemand nun als angeblicher Bote eines Anderen eine angebliche Erklärung desselben mit, die dieser nicht gemacht hat, so muss dieser nicht deshalb die Erklärung als von ihm abgegeben gelten lassen, weil er eine andere Erklärung wirklich abgegeben hat und durch jenen Boten mir zugehen lassen wollte".

Diese Auffassung ist wohl von Windscheid übernommen (vgl. oben § 16), nach BGB. jedoch jedenfalls unhaltbar. Dass der Erklärende auch beim dolus des Boten an dessen Wiedergabe der Willenserklärung gebunden sein soll, liegt wohl unbedingt in der Intention des § 120 und wird fast allgemein anerkannt.[8] Die grenzenlose Schroffheit, zu der diese Konsequenzen führen können, werden in der Praxis weniger hervortreten, da eine derartige Entstellung meist auch äusserlich erkennbar ist und der Empfänger des Telegramms sie durchschauen wird oder muss.

II. Teil.

Die Ersatzpflicht des Absenders der Depesche für den aus einer Verstümmelung resultierenden Schaden.

I. Gemeines Recht.

§ 13.

a. Überblick über die Theorieen.

Die praktisch bedeutungsvollste und in der Litteratur meistumstrittene Frage aus dem Tele-

8) Planck ad § 120; Matthiass § 52,2. So prinzipiell auch Cosack § 64. III. 5. Fleck S. 396 sagt: „Die Entstehungsgeschichte des § 120 lehrt, dass selbst ein dolus des Boten bei der Uebermittelung die Verantwortlichkeit nicht aufhebt." Brock S. 116; Leonhard S. 497.

graphenrecht ist diese: Wer soll den aus einer Telegrammverstümmelung sich ergebenden Schaden tragen? Die Entstehung von Vermögensnachteilen wird sich meist daran knüpfen, dass der Adressat im Vertrauen auf die Gültigkeit des Kontrakts Anschaffungen macht, vielleicht spätere Offerten ausschlägt und überhaupt Vorbereitungen zur Erfüllung seiner vermeintlichen Vertragspflichten trifft. Die einzelnen Autoren beschäftigen sich daher fast ausschliesslich mit diesem Fall. Der Schaden kann aufgebürdet werden dem Empfänger, dem Absender der Depeche, der Telegraphenverwaltung oder dem Beamten, der sich bei Übermittelung der Erklärung des dolus oder der culpa schuldig macht. Zunächst beschäftigt uns nur die Stellung der beiden verhandelnden Parteien zu dieser Frage. Ob die Telegraphenanstalt oder der schuldige Beamte haftbar gemacht werden kann, ist für die prinzipielle Beurteilung der Haftung des Absenders gleichgültig. Auch ist zu beachten, dass von der juristichen Entscheidung die Frage der Zweckmässigkeit und des Verkehrs-Interesses zu trennen ist. Letzere Momente mögen de lege ferendu massgebend sein; sie sind aber an sich keine rechtsbildenden Faktoren. — Man kann die in der Litteratur auftretenden Ansichten in zwei Hauptgruppen teilen. Die eine will den Absender prinzipiell für den aus Telegrammverstümmelungen entstehenden Schaden haftbar machen.[1] Die

1) Angeführt sind hierfür im Folgenden: Meili, Windscheid Jhering, Regelsberger, Burckhardt, Eisele, Koeppen, Unger, Fuchs, Melliger, Brock und die Rechtsprechung.

juristische Formulierung dieser Haftpflicht ist wieder sehr verschieden. Die sogenannte Veranlassungstheorie lässt die Person den Schaden tragen, die ihn verursacht hat. Andere konstruieren eine stillschweigende Garantieübernahme seitens des Absenders des Telegramms, wieder andere sehen in der Wahl des Telegraphen eine culpa in eligendo und lassen deshalb die Haftung eintreten. — Die zweite Gruppe verneint die prinzipielle Haftung des Absenders, die sie nicht zu begründen vermag, und lässt den Empfänger den ihm erwachsenen Schaden tragen.[2] In der Statuierung zahlreicher Ausnahmen von dieser Regel gehen auch hier die Meinungen wieder stark auseinander.

§ 14.

b. Einfluss einer culpa des Empfängers auf die Entscheidung der Frage.

I. Kann die culpa des Depeschenempfängers für die Frage der Ersatzpflicht des Absenders von Bedeutung sein? Das Verschulden des Adressaten wird meist darin bestehen, dass er wider besseres Wissen das verstümmelte Telegramm als thatsächliche Willensäusserung des Erklärenden behandelt. Z. B.: er hat auf brieflichem Wege Aufschluss erhalten, ignoriert aber diesen Brief! — Die ganze Berechtigung der Lehre von der Erstattung

2) Angeführt sind: Dernburg, Becker, Reyscher, Busch, Serafini-Mittermaier, Mommsen, Burchardi, Hauser.

des negativen Vertragsinteresses basiert auf dem Schutz des guten Glaubens der Gegenpartei. Es wird vorausgesetzt, dass der Erklärungsempfänger seinerseits ohne jedes Verschulden einen Schaden erlitten habe.[1] Es soll unter gewissen Voraussetzungen dem Kontrahenten der Verlust ersetzt werden, den er durch sein Vertrauen auf die Gültigkeit der Willenserklärung des Gegenkontrahenten erlitten hat. Wo ein solches Vertrauen gar nicht besteht oder wo es unberechtigt ist, da kann auch von einer Entschädigung nicht die Rede sein. Nach Ihering[2] erscheint der gute Glaube des Erklärungsempfängers schon dann als mangelhaft und deshalb keine Berücksichtigung verdienend, wenn irgend ein äusserer Umstand es als zweifelhaft erscheinen lässt, ob auch der wirkliche Wille der äusseren Erklärung entspricht: Demnach genügt also jedes Verschulden des Adressaten, ihm den etwaigen Anspruch auf Entschädigung zu nehmen. Das entspricht auch der ratio der ganzen Lehre und der bona fides. Was von dem Irrtum in einer Willenserklärung gilt, hat um so mehr Berechtigung für den Fall einer unrichtigen Übermittelung, wo nicht einmal eine authentische Willensäusserung des Urhebers vorliegt. Ob und unter welchen Voraussetzungen eine Ersatzpflicht des Erklärenden besteht, ist zweifelhaft; dass sie durch mala fides des Empfängers ausgeschlossen ist, ist unbestritten. Auch wird man im Fall der

1) Bähr XIV. S. 406 a. a. O.
2) Jhering a. a. O. S. 82.

Übermittelung durch eine Zwischenperson die Grenzen der Fahrlässigkeit sehr weit ziehen können. Zweifel über die Richtigkeit einer telegrapischen Offerte werden dem Adressaten leicht aufsteigen. Unterlässt er dann eine nähere Erkundigung, so handelt er fahrlässig. z. B.: Der Fabrikant A. bekommt von B., mit dem er nie in Geschäftsverbindung gestanden hat, telegraphisch einen bedeutenden Auftrag. Am Ort existiert ein gleichnamiger Konkurrent des A.; hier wird der A. an die Gefahr einer Adressaten-Verwechslung denken und eine Bestätigung abwarten müssen. Die Annahme der Offerte könnte sonst als kulpos erscheinen. Ist allerdings die Möglichkeit einer Erkundigung ausgeschlossen z. B. bei Börsengeschäften wegen des entstehenden Zeitverlustes, so macht sich der Depeschen-Empfänger nicht ohne weiteres schon dadurch einer culpa schuldig, dass er den Auftrag auch ohne Bestätigung ausführt.

II. Eine Haftung des depeschierenden Teils ist auch dann ausgeschlossen, wenn er auf Anweisung der Gegenpartei sich des Telegraphen als Vermittler bedient.[3] Hier erscheint die Telegraphenanstalt nicht als nuntius des Erklärenden; sie ist vielmehr dem Boten zu vergleichen, den die eine Partei zur Gegenpartei schickt, um deren Willenserklärung auf diesem Wege einzuholen.[4] Depeschiere ich z. B.

3) Bähr, XIV. a. a. O. S. 421; Melliger S. 216.

4) Jhering a. a. O. S. 85 will hier wenigstens eine Kompensation der gegenseitigen culpa eintreten lassen.

mit bezahlter Rückanwort, so liegt darin eine Aufforderung an den Vertragsgegner, sich meines nuntius zu bedienen. Hier tritt umgekehrt die Frage auf, ob und in wie weit der Empfänger des Telegramms für die richtige Übermittelung durch seinen Boten (den Telegraphen) einzustehen hat.

§ 15.

c. Die Anwendbarkeit der Theorei der culpa in contrahendo.

1. Der Adressat ist infolge der Telegrammverstümmelung geschädigt. Soll der Schaden auf ihm, der absolut gutgläubig handelte, lasten bleiben? Er steht doch der Entstellung der Erklärung absolut fremd gegenüber, während der Absender immerhin die causa, die Veranlassung zu diesem Resultat gegeben hat. Auf den ersten Blick erscheint es deshalb naheliegend, dem Autor die Ersatzpflicht aufzubürden. Dass die juristische Formulierung dieser Haftung schwierig ist, geben auch ihre Verteidiger zu.[1] Eine erste Klasse von Autoren sucht dieses Prinzip zu rechtfertigen aus den Grundsätzen der culpa in contrahendo, dem ersten Versuch, eine allgemeine Schadensersatzpflicht bei unwirksamen Verträgen zu begründen. Schon das Römische Recht erkennt die Pflicht der Haftung für omnis culpa an, soweit die Parteien in einem Kontraktverhältnis zu einander stehen. Ausserkontraktlich war die Ersatz-

1) So Koeppen a. a. O. S. 388; Pernice a. a. O. S. 122.

pflicht an bestimmte Thatbestände z. B. Sachbeschädigung, dolus geknüpft. Das Gemeine Recht[2] dehnt die strengere Haftpflicht weiter aus: es soll bereits genügen, dass sich die Parteien in den dem Kontraktschluss vorausgehenden Stadien befinden. Also schon der Eintritt in Vorverhandlungen (z. B. durch Stellung von Offerten) macht die Vertragsparteien auch ausserkontraktlich für ommnis culpa verantwortlich. Jhering, der Vater der Theorie, geht allerdings vom Gesichtspunkt kontraktlicher Verschuldung aus. Die culpa besteht darin, dass der eine kontrahiert, ohne die Erfordernisse der Gültigkeit des Vertrages in seiner Person prästieren zu können und so durch den falschen Schein des Kontraktes den Anderen irre führt. Namentlich gegen die Natur der Klage als einer kontraktlichen sind berechtigte Einwendungen erhoben worden.[3] Da ein Vertrag thatsächlich nicht vorliegt, kann auch von einer vertragsmässigen Haftung nicht die Rede sein. Übrigens müsste Jherings Theorie konsequenter Weise zum Ersatz des Erfüllungsinteresses führen.[4] In den Quellen sucht Jhering vergebens nach Stützpunkten für seine Auffassung.[5] Trotzdem hat der

2) Formuliert namentlich von Jhering a. a. O. S. 1 ffg.

3) Dernburg II, § 10 Anm. 10; Melliger a. a. O. S. 139 fg.

4) Vgl. Melliger S. 142.

5) Daher gegen die Theorie Mommsen S. 1 ffg.; Koeppen S. 388 Note 488: „Wer nicht obligiert ist, hat auch keine culpa zu prästieren.“ Bähr S. 397 (XIV).; Melliger S. 136; Brock S. 2: Es handelt sich um ein neues Rechtsprinzip; S. 1 ff.: das Römische Recht versagt uns nicht nur jede theoretische Konstruktur, es giebt auch keine praktische Ausgestaltung der Lehre. S. 48: Jhering hat das Prinzip bereits im Geiste und schiebt es den einzelnen Quellenstellen unter.

Grundgedanke seiner Lehre in der gemeinrechtlichen Litteratur vielen Anklang gefunden; das Gewohnheitsrecht hat ihn sanktioniert. Seit Jhering gilt fast allgemein der Grundsatz, dass auch culpa ausserkontraktlich bei entstehenden Vertragsverhältnissen obligiert, dass jede Verschuldung zum Ersatz des negativen Interesses verpflichtet.[6] Jhering indessen kam in weiterer Ausbauung seiner Theorie zu Konsequenzen, die weit über den Gesichtspunkt der Verschuldung hinausgehen. Er erklärt den Absender einer Erklärung für die von ihm erwählte Mittelsperson unbedingt verantwortlich.[7]

Zunächst hält er noch daran fest, dass nur der den Schaden zu tragen hat, der ihn veranlasst und verschuldet hat. Doch in der Begrenzung der culpa geht er bedenklich weit. Dass die unrichtige Übermittelung sich thatsächlich in vielen Fällen auf eine culpa in eligendo zurück führen lässt, ist zuzugeben. Wer ein Kind oder einen gedächtnisschwachen Diener mit der Beförderung einer Botschaft beauftragt handelt sicherlich fahrlässig und wird nach Jherings Theorie ersatzpflichtig.

2. Aber kann man von einer eigentlichen culpa noch reden, wenn der Bote als zuverlässig gilt oder wenn der Erklärende sich der Post, der Telegraphenanstalt bedient? Im letzteren Falle unmöglich. Der nuntius ist hier ein staatliches Institut mit sorgfältig ausgewählten Beamten und bietet als solches alle

6) Dernburg II. § 135 c; Windscheid § 307 Anm. 5; Brock S. 58: hält allerdings ein derartiges Gewohnheitsrecht nicht für festgestellt:

7) Jhering S. 82 fg.

möglichen Garantien der Zuverlässigkeit. Nachzuweisen, dass es sich dabei um einen notorisch unsicheren Vermitter handelt, hat nur das Landgericht Köln in seinem Urteil bezüglich des Falles Oppenheim-Weiler versucht.[8] In der Entscheidung wird ausgeführt: der Telegraph bilde zur Zeit noch ein ungenaues und unzuverlässiges Verkehrsmittel; ferner seien bei der ungewöhnlichen Eile, mit der die Beamten notwendig zu Werke gehen müssten, Versehen leicht möglich. — Dagegen wenden sich einmütig alle Schriftsteller.[9] Hervorzuheben ist: der Telegraph wird als öffentliche Verkehrsanstalt anerkannt und vom Staat selbst zur Übermittelung der wichtigsten Nachrichten für geeignet befunden. Im Hinblick auf die grossen Vorteile, die er beiden Parteien bietet, ist der Telegraph trotz eines eventuellen Risikos zum allgemein üblichen Korrespondenzmittel geworden. Ausdrücklich wird dies anerkannt in einem Urteil des Hamburger Obergerichts vom 14. Januar 1856 Wer sich selbst des Telegraphen bedient, kann anderen aus dem Gebrauch keinen Vorwurf machen. Die unzweifelhafte Thatsache, dass der Telegraph im kaufmännischen Verkehr absolut gebräuchlich ist, verbietet schon an sich die verallgemeinerte Annahme einer culpa in eligendo bei seiner Benutzung. Sie beweist, dass das Leben diesem Institut eine ganz

8) S. Reyscher S. 466 fg.

9) Reyscher S. 292, S. 473; Fuchs S. 99; Busch S. 13; Mittermaier S. 34; Pernice S. 123; Unger S. 683; Windscheid § 309; Meili S. 126; Maas a. a. O. S. 37; Mellinger S. 133 und S. 214.

andere Vertrauensstellung angewiesen hat, als einem unsicheren Boten. Das Urteil sieht eine Verschuldung auch darin, dass das Haus Oppenheim es unterlassen habe, die möglichen Sicherungsmittel gegen eine Verstümmelung anzuwenden (z. B.: Vorschrift der Rücktelegraphierung, Aufgabe mehrerer gleichlautender Depeschen, Zuzahlung für besondere Kollationierung u. s. w.) Abgesehen davon dass bei Börsengeschäften eine Rücktelegraphierung wegen Zeitverlustes unstatthaft ist, kann man an sich darin noch keine culpa sehen, dass jemand nicht alle eventuell möglichen, aber durchaus nicht usuellen Vorkehrungen trifft zur Erhöhung der Sicherheit der telegraphischen Übermittelung. Das Vertrauen, dass eine Depesche auch ohne besondere Schutzmassregeln richtig befördert wird, ist im allgemeinen wohl berechtigt und jedenfalls vom Verkehr sanktioniert.[10]

3. Auch Jhering muss dies zugeben und bemerkt in diesem Sinne:[11] „In solchen Fällen müssen wir deduzieren, dass in der Wahl einer solchen Mittelsperson selbst bereits eine culpa liegt. Weder der Bote noch der Telegraph gewähren die absolute Gewissheit der authentischen Mitteilung. Wer also statt des Weges der direkten Mitteilung den der indirekten Übermittelung wählt, handelt schon dadurch culpos.“ Dass das Vorhandensein einer eigentlichen culpa nicht notwendig ist, wird damit bereits eingestanden. Denn das man unter allen

10) Vgl. Fuchs S. 99.
11) Jhering S. 83.

Umständen verpflichtet sein soll, seine Geschäfte persönlich abzuschliessen, ist schon deshalb nicht glaubhaft, weil eine etwas umfangreichere Vermögensverwaltung bei strenger Durchführung dieses Prinzips geradezu unmöglich wäre.[12] Wann eine Pflicht zur persönlichen Vornahme einer Handlung besteht, lässt sich nur im konkreten Fall sagen. Ausserdem besteht in vielen Fällen gar nicht die Wahl zwischen direkter oder indirekter Mitteilung. Trage ich dem Boten mündlich etwas auf, so mag ich für eine Entstellung haften. Ich konnte ihm vielleicht ebensogut einen Brief mitgeben und dadurch dieser Möglichkeit vorbeugen.[13] Hier kann man vielleicht noch von einer culpa in eligendo reden. Die Benutzung des Telegraphen setzt dagegen gewöhnlich voraus, dass dem Erklärenden ein anderes sicheres und doch gleich brauchbares Mittel der Beförderung seiner Nachricht nicht zu Gebote stand. Könnte ein Brief genau denselben Erfolg zeitigen, so würden die Parteien schon mit Rücksicht auf die Kosten sich lieber dieses Vermittlers bedienen. Von einer freien Auswahl zwischen direkter und indirekter Mitteilung kann man doch hier nicht reden; infolge dessen auch nicht von einem Verschulden, dass in dieser „Wahl" liegen soll. Demnach wären die Parteien ja gezwungen, wenn ihnen der Weg direkter Übermittelung abgeschitten ist, ihre Erklärungen

12) So Pernice S. 123.

13) Busch S. 23 bestreitet, dass jemals in der Wahl der indirekten Mitteilung eine culpa liegen könne.

überhaupt bei sich zu behalten, um nicht culpos zu handeln![14]

4. Ihering will die von ihm vertretene Auffassung durch Analogieen aus dem Römischen Recht stützen. Dass die Römer in gewissen Fällen vom Verschuldungsprinzip Ausnahmen machten, ist zugegeben. z. B. der Unternehmer haftet bei der loc. cond. operis für jedes Verschulden seiner Gehülfen;[15] ausserkontraktlich wird die Haftung begründet durch die actio noxalis u. s. w. Doch in allen diesen Fällen handelt es sich um rein singuläre Erscheinungen; mit Rücksicht auf besondere Verkehrsbedürfnisse sind die Römer hier von dem Prinzip der Notwendigkeit der Verschuldung abgewichen. Derartige Ausnahmen auf ganz anders geartete Thatbestände analog ausdehnen zu wollen, ist natürlich unzulässig. Auch Ihering geht nicht soweit. Er sucht vielmehr aus einer Reihe von Stellen des corpus iuris den Beweis zu erbringen, dass auch im Römischen Recht das Wort „culpa" nicht ausnahmslos in dem strengeren Sinne gebraucht wird.[16] Bereits in den Pandekten soll sich der

14) Gegen Jhering u. A. Windscheid II, § 309; Koeppen S. 386; Melliger S. 213.

15) Windscheid 2 § 401 Anm. 5 verlangt auch hier culpa in eligendo oder custodiendo. Dagegen Dernburg II, § 38 Note 26.

16) In diesem Sinne Brock S. 52 ff.: Jhering baut seine Theorie auf auf einem von ihm angenommenen Begriff der culpa, der keine culpa mehr ist. Er konstruiert eine rein objektive culpa ohne ein persönliches Verschulden des Betreffenden. Aber selbst dieser Begriff der culpa reicht bei der Entstellung von Willenserklärungen durch Mittelspersonen zur Begründung einer Ersatzpflicht nichs aus! (S. 53).

Begriff der Verschuldung von dem der Verursachung nicht mehr scharf trennen lassen.[17] Dem ist nicht beizutreten. Von einer culpa reden die Römer stets nur bei einem thatsächlichen Mangel an Diligenz, während sich bei Ihering die culpa

17) In folgenden Fällen soll nach Ansicht einiger Autoren (Eisele S. 485; Jhering S. 85 Note 88) die culpa einzig in der Wahl einer Mittelsperson liegen:

l. 8 § 4 D. mand. XVII 4. non sunt igitur excusati tutores, quod contutori mandaverunt, quia emere debuerunt. Hier liegt die culpa jedoch nicht darin, dass die Mitvormünder den Kauf persönlich hätten abschliessen sollen, vielmehr haben sie sich einen Mangel an Diligenz dadurch zu schulden kommen lassen, dass sie sich um die thatsächliche Ausführung des Kaufs nicht weiter bekümmerten. (Vgl. Busch S. 23).

l. 25 § 7 D. locati XIX. 2 si qua ipsius corumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit. Der Unternehmer haftet nicht weil in der Auswahl von Gehülfen an sich eine culpa gesehen wird, sondern singulärer Weise selbst dann, wenn ihm keine Verschuldung zur Last fällt.

In l. 7 D. pr. nautae IV. 9 wird der exercitor haftbar gemacht: aliquatenus culpa reus est, quod opera malorum hominum uteretur (aus l. 5 § 6 zu ergänzen). Die culpa liegt hier in der Fahrlässigkeit durch die Wahl untüchtiger Gehülfen.

l. 10 § 11 D. commodati XIII. 6: non tam idoneum hominem elegerit, ut recte id perferri possit. Hiermit soll ebenfalls nicht gesagt sein, dass schon in der Benutzung einer Mittelsperson eine haftbar machende culpa liege; das hebt l. 20 D. XIII 6 ausdrücklich hervor: hatte der Kommodatar die Sache einem an sich geeigneten Sklaven anvertraut, so hat er den Schaden nicht zu tragen, wenn sich der Sklave wider Erwarten bestehlen lässt.

Selbst in l. 8 § 1 D. ad legem Aquil. IX 2 und l. 1 § 5 D. si quadrup. IX 1 liegt eine eigentliche culpa vor. (So auch Unger S. 683 Note 31 gegen Eisele). Der Eigentümer eines Tieres wird für den von diesem angerichteten Schaden nicht haftbar gemacht, weil er das Tier zu seinen Zwecken benutzt; er handelt vielmehr fahrlässig, weil er etwas unternimmt, dem er nicht gewachsen ist. Die Haftung fällt fort, si contineri firmius ab alio poterit.

allerdings zur causa verflacht.[18] Eine prinzipielle Haftung des Absenders der Depesche aus der Theorie der culpa in contrahendo lässt sich also nicht begründen. — Eine eigenartige Konstruktion, die weiter keine Anhänger gefunden hat, versucht Koeppen a. a. O. S. 139 fg.: ‚Von der einseitigen Bindung durch die Offerte ausgehend, nimmt er trotz mangelnder Willensübereinstimmung das Bestehen vertragsmässiger Verpflichtungen an. Dem getäuschten Oblaten giebt er dann eine Kontraktsklage gegen den Offerenten auf Ersatz des negativen Interesses.

Melliger a. a. O. S. 104 ff. macht mit Recht aufmerksam auf den Mangel an Logik, der darin liegt, dass Koeppen die Existenz des von ihm konstruierten Vertrags gleichzeitig wieder leugnet, indem er den Oblaten auf das negative und nicht auf das positive Interesse verweist.[19]

§ 16.

d. Die Garantieübernahme seitens des Absenders.

Windscheid[1] suchte eine Haftung des Absenders der Depesche aus einer stillschweigenden Garantiepflicht herzuleiten. Zur Rechtfertigung

18) So Koeppen S. 386 Note 484; Pernice S. 123; Jhering selbst (Schuldmoment) S. 38 Note 73.

19) Brock S. 3: Das negative Interesse im Gegensatz zum Erfüllungsinteresse hat zur Voraussetzung einen unwirksamen Vertrag; s. auch S. 161 Note 19.

1) Windscheid in den älteren Auflagen der Pandekten: vgl. II, § 307 Note 5; ebenso Regelsberger S. 33.

einer solchen generellen Annahme bedürfte es einer Thatsache (factum concludens), aus der diese Gewährübernahme entnommen werden könnte. In dem Willen des Erklärenden wird man vergebens nach einem Anhalt hierzu suchen.[2] Er denkt garnicht an den Fall, dass seine Erklärung dem Adressaten vielleicht entstellt zugehen möchte. In der Thatsache der Benutzung einer Mittelsperson liegt an sich keine Willensäusserung der Art enthalten, nun alles gegen sich gelten lassen zu wollen, was etwa ein böswilliger Telegraphenbeamter aus der Erklärung macht. Dass eine Garantieübernahme sich nicht ohne weiteres in den Willen des Absenders hineininterpretieren lässt, hat Windscheid selbst später zugegeben.[3] Er modifizierte daher seine Behauptung: „Wenn die Entschädigungspflicht auch nicht auf einen Willensakt des Erklärenden zurückzuführen sei, so werde sie doch vom Recht dem Handelnden auferlegt. Der Empfänger der Depesche müsse sich auf ihre Richtigkeit unbedingt verlassen können. Wer zum Zweck seiner Erklärung ein bestimmtes Mittel wähle, der eigne sich das Resultat dieses Mittels als seine Erklärung an".[4] Hier findet man versteckt die Veranlassungstheorie wieder: wer sich einer

---

2) So Pernice S. 123; Bnsch S. 16; Eisele S. 473; Meili S. 126; Melliger S. 113; Brock 152.

3) Windscheid II, § 309 Note 6.

4) Demnach müsste ein Vertrag zunächst zustande kommen, (so auch Windscheid § 307 Note 5). An anderer Stelle giebt Windscheid selbst zu, dass ein Kontrakt nicht zur Existenz gelangen könne (s. § 309, 2).

Zwischenperson bedient, dem diktiert die Rechtsordnung den Schaden zu, weil er ihn verursacht hat. (s. unten § 17.)[5] Allerdings will Windscheid das von ihm aufgestellte Prinzip durch zwei gewichtigen Ausnahmen wieder bedeuted einschränken:

1. Die Haftpflicht soll ausgeschlossen sein bei der wissentlich gefälschten Übermittelung.[6] Sie erfolge nicht auf den Impuls des Auftraggebers und nur für das Resultat des von ihm gegebenen Impulses bestehe eine Verantwortlichkeit des Erklärenden. Windscheid scheint daran zu denken, dass nach strafrechtlichen Grundsätzen der Kausalnexus durch das vorsätzliche Handeln eines Dritten als unterbrochen gilt. Für die prinzipielle Entscheidung der vorliegenden Frage lässt sich wohl nur der natürliche Kausalbegriff verwenden. Der Schutz des gutgläubigen Empfängers ist in diesem Fall genau so viel oder wenig begründet, wie bei der fahrlässigen Depeschenverstümmelung. Der Adressat soll sich doch nach Windscheid auf die Richtigkeit des Telegrammes unbedingt verlassen können.[7] Erkennt man den Schutz des gutgläubigen Depeschenempfängers als berechtigt und notwendig an, dann muss man ihn konsequenter Weise in jedem Fall schützen, wofern die Depesche überhaupt „echt" ist, d. h. sich in letzter Linie auf eine

5) Für eine vom Gesetz auferlegte Garantieübernahme auch Eisele S. 473; besonders auch Meili S. 127

6) Windscheid § 309 Note 7; Mommsen II, S. 126.

7) So Unger S. 684 Note 34; Regelsberger (Handbuch) II, S. 415 Note 10. Gegen die Ausnahmen vom Standpunkt der reinen Veranlassungstheorie Melliger S. 215.

Willensäusserung der unterzeichneten Person zurückführen lässt. Einen Kausalzusammenhang (im weiteren Sinne) zwischen Ankunfts- und Aufgabedepesche wird man auch bei vorsätzlicher Entstellung nicht leugnen können. Auch hier setzt die Erklärung des Absenders eine Bedingnng zum Erfolg. Die eingetretene Wirkung (der aus der Verfälschung entstandene Schaden) ist nicht denkbar ohne die Thätigkeit ihres Urhebers als letzte Ursache.

2. Eine aus denselben Gründen zu verwerfende Ausnahme macht Windscheid, wenn die Abirrung auf unberechenbaren Umständen beruht z. B.: plötzlicher Ausbruch von Geisteskrankheit beim Boten. Hier ist wohl an die Notwendigkeit der adäquaten Verursachung gedacht, ein Begriff der weder im Strafrecht noch im Civilrecht viel Anklang gefunden hat. Windscheid meint, der Absender brauche nur die regelmässige Aktion des Mittels in betracht zu ziehen. Aber ist die Telegrammverstümmelung denn in irgend einem Falle als „regelmässige Aktion" des Telegraphen anzusehen? — Nimmt man das Bestehen eines Garantievertrages an, so bleibt immer noch zweifelhaft, ob das Erfüllungsinteresse oder das negative Interesse garantiert wird.[8]

§ 17.

e. Die Berechtigung der Veranlassungstheorie.

„Wer einen Schaden veranlasst, muss ihn auch ersetzen." Zur Aufstellung dieses dem Geiste des

8) Vgl. Mellinger S. 113; Brock S. 154.

Römischen Rechts absolut fremden Satzes kommen in letzter Linie alle Verteidiger der unbedingten Haftung des Erklärenden für die Zuverlässigkeit der Übermittelung. Dass dieser Grundsatz im Gemeinen Recht zunächst als „unerhört" galt,[1] beweist die Stellung zweier der bedeutendsten Juristen zu dieser Frage: Jhering suchte aus der Wahl der Mittelsperson an sich eine culpa zu deduzieren; Windscheid war bemüht, eine stillschweigende Garantieübernahme seitens des Erklärenden zu konstruieren; Beides waren Versuche, das oben aufgestellte Prinzip in die Form anerkannter Grundsätze des Gemeinen Rechts zu kleiden. Beide Autoren gaben die Unhaltbarkeit ihrer Begründungen später zu. Dass sie trotzdem an der Veranlassungstheorie festhielten, lässt allerdings schliessen, dass das Rechtsempfinden dieser Lösung entgegenkam. Es erschien vielen eine ethische Forderung, auf eigene Gefahr handeln zu lassen, nicht aber auf Gefahr eines anderen.[2] Die theoretische Motivierung setzt sich aus den verschiedenartigsten Elementen zusammen. Seinen Ursprung hat das Veranlassungsprinzip in deutschrechtlichen Ideen.[3] Die Verpflichtung zum Schadensersatz wird nach deutschem Recht begründet durch einen Kausalnexus zwischen eigenem Handeln und eingetretenem Schaden. Demnach musste z. B.

1) So Pernice S. 123.

2) So z. B. Unger S. 684; Melliger S. 214: Den Absender trifft der Schaden am mindesten hart, weil am relativ gerechtesten.

3) Vgl. Regelsberger (Handbuch) S. 414. Er vermutet ein Fortbestehen des deutschrechtlichen Grundsatzes; dagegen z. B. Eisele a. a. O. S. 473.

der Geisteskranke die durch sein Thun verursachte Beschädigung ersetzen. Doch diese Prinzipien sind niemals in das Gemeine Recht übergegangen. Auch keine der neueren Kodifikationen hat eine so weitgehende Haftung in dieser Allgemeinheit anerkannt. Überall ist die römische Verschuldungstheorie durchgedrungen. Prinzipiell ist dies kaum bestritten, doch wollen viele Autoren im vorliegenden Fall eine Ausnahme machen — aus Billigkeitsgründen.[4] Es sei eines sittlichen Menschen unwürdig, die nachteiligen Folgen seines Handelns auf den unschuldigen Teil überzuwälzen. Der Erklärende müsse für die Vorteile, die ihm dieser Komunikationsweg biete, das notwendig damit verbundene Risiko in den Kauf nehmen. Solche Erwägungen mögen geeignet sein, eine gesetzlich normierte Verantwortlichkeit des Telegrammabsenders zu motivieren; sie mögen selbst de lege ferenda zu empfehlen sein, — aber sie beweisen nicht, dass eine derartige Haftung notwendig als Konsequenz der bona fides Geltung beanspruchen kann. Treu und Glauben im Verkehr verlangen gewiss den möglichsten Schutz des Vertrauens, aber doch

4) So z. B.: Meili S. 127; Burckhardt S. 85, 86; Unger S. 684; Fuchs S. 100. Ebenso RG. Bd. 28, S. 16 fg.: Die Entscheidung giebt die Annahme einer culpa und einer stillschweigenden Garantieübernahme auf; die Entschädigungspflicht wird gegründet auf ein Erfordernis der bona fides. „Der Absender muss einstehen für das, was der Empfänger nach dem Inhalt des Telegramms als gewollt ansehen durfte." Eisele S. 487 erklärt: das Moment der Verursachung muss entscheiden: es wird wohl keinen anderen Ausweg geben!

immer nur auf Kosten des Schuldigen.[5] Für den Absender erscheint die Verstümmelung doch als Zufall und casus a nullo praestatur.[6] Diese Entscheidung ist auch nicht so unbillig, wie vielfach behauptet wird. Warum soll der Erklärende nicht eine gewisse Rücksicht beanspruchen können? Der Telegraph dient doch ebenso dem Interesse und Vorteil der Gegenpartei, mit der der Absender Geschäfte abschliesst. Sie übernimmt das Risiko dadurch, dass sie den telegraphischen Auftrag ausführt. Will sie sich unbedingt schützen, so mag sie alle telegraphischen Offerten ablehnen oder sich durch Rücktelegraphierung von der Richtigkeit der Depesche überzeugen.[7] Selbst angenommen, das Verkehrsinteresse neige mehr dem Veranlassungsprinzip zu, — dem geltenden Recht entspricht diese Norm nicht! Dem Römischen Recht war ein so ausgedehnter und unbedingter Schutz des Vertrauens ganz sicher fremd;[8] das Gemeine Recht hat gewohnheitsrechtlich wohl den Begriff der culpa in

5) Melliger S. 144: Das alleinige und ausschliessliche Zurückgehen auf die bona fides kommt einem Verzicht auf die juristische Konstruktion gleich. Brock S. 153: wenn der Ersatz des negativen Interesses als selbstverständliches Gebot der bona fides erscheint, dann wäre die besondere Normierung der Haftung im BGB. absolut überflüssig.

6) So Hauser a. a. O. S. 62, Note 49.

7) Ähnlich Busch S. 17.

8) Melliger S. 149 schliesst wohl mit Unrecht aus den Ausnahmen, die das Römische Recht vom Verschuldungsprinzip macht, dass auch das Römische Recht das Veranlassungsprinzip wenigstens da anerkennt, wo, wie bei der Nichtigkeit von Verträgen, besonders gestaltete Verhältnisse vorliegen. Quellenmässige Beläge für seine Auffassung vermag er aber nicht zu geben. (Vgl. S. 154 fg.). Hiergegen sehr scharf Brock S. 170: Die von Melliger vorgenommene Verallgemeinerung ist völlig willkürlich und in der Begrenzung äusserlich; S. 168. Das Veranlassungsprinzip lässt sich nicht auf das Römische Recht zurückführen.

contrahendo erweitert; die Notwendigkeit einer thatsächlichen culpa als Voraussetzung des Schadensanspruchs hat es — mit Ausnahme singulärer Fälle nie aufgegeben. Soll dem Erklärenden die Garantie für die Mittelsperson aufgezwungen werden, so bedarf es dazu einer positiven Rechtsregel und deren Existenz ist nicht bewiesen. —

Der entgegenstehenden Auffassung hat sich auch die Praxis der Gerichte angeschlossen.[9] Damit mag ein Schritt zur Bildung eines Gewohnheitsrechts gethan sein; mehr Beweiskraft kommt aber diesen Urteilen nicht zu. — Zu einer eigenartigen, aber unbefriedigenden Begründung der Haftung für das negative Interesse bei unwirksamen Verträgen gelangt Brock. Alle positiven Begründungsversuche des Gemeinen Recht hält er, wohl mit Recht, für verfehlt.[10] Prinzipiell ist die Geltung des Verschuldungsprinzips zur Begründung einer Haftpflicht anzuerkennen.[11] Brock verzweifelt daran für die Fälle nicht kulposer Haftung einen allgemeinen Haftungsgrund zu finden. Ob und inwieweit dieses Ideal zu verwirklichen ist, lässt er dahin gestellt.[12] Aus der Verursachung an sich lässt sich seiner Ansicht nach eine Haftung nicht herleiten. Das Kausalitätsprinzip bedeutet für ihn nur einen ersten, oberflächlichen Versuch, die Fälle der nicht

9) Vgl. Entscheidung des Falles Oppenheim-Weiller bei Reyscher S. 456 fg.; ferner Seuffert Arch. 30, Fall 116, RG. Bd. 28 S. 16.

10) S. 175.

11) S. 178.

12) S. 185.

kulposen Haftung einheitlich zu begreifen.[13] Brock gelangt zu folgendem Resultat:[14] Die rein causale Ersatzpflicht ist die durch ihren Inhalt als besondere Haftungsart gekennzeichnete Haftung nach Massgabe einer gerechten Vermögensverteilung, die sich aus dem Begriffe einer rein sozialen Verpflichtung mit Notwendigkeit ergiebt.[15] Eine Verschärfung der Haftung soll da hinzutreten, wo die rein soziale Beziehung in eine speziellere und engere Verbindung übergeht, sei es, dass zwei durch Übereinkunft mit einander in Verbindung treten, sei es, dass einer durch aussergewöhnliches Verhalten sich selbst zu den Mitmenschen in besondere Beziehung bringt.[16] Der Grundgedanke von Brock ist also eine Art Gefährdungshaftung.

§ 18.

f. Die Fälle der Ersatzpflicht des Absenders.

Aus den vorhergehenden Ausführungen ergiebt sich, dass der Empfänger der Depesche den Schaden, der sich aus der Telegrammverstümmelung für ihn ergiebt, prinzipiell selbst zu tragen hat. Dieser Grundsatz wird durchbrochen durch eine Reihe

13) S. 181.

14) S. 187 ff.

15) Dieses Prinzip der subsidiären Haftpflicht der persönlich nicht verantwortlichen nach Massgabe einer gerechten Schadensverteilung ist anerkannt in § 829 des BGB.

16) S. 192. Eine derartige Haftung begründet § 122 BGB. (Ersatz des negativen Interesses bei Verträgen, die wegen Irrtums unwirksam sind).

von Ausnahmen, in deren Statuierung die einzelnen Autoren wieder stark auseinandergehen.

1. Fast allgemein zugegeben wird, dass der Absender des Telegramms der Ausbildung der culpa in contrahendo gemäss ersatzpflichtig ist, wenn ihm eine culpa im eigentliche Sinne zur Last fällt.[1] Hier handelt es sich aber nur um den Ersatz des Schadens, der durch das Vertrauen auf die Gültigkeit des vermeintlich abgeschlossenen Kontraktes erwachsen ist. Von dieser Bestimmung betroffen wird also eine Entstellung von Vertragsofferte und Accept. Das Verschulden wird meist darin liegen, dass der Absender der Depesche durch unleserliche Schrift einen Mangel an Diligenz beweist.[2] Das Vorhandensein einer culpa wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Telegraphenbeamte in solchen Fällen die Pflicht näherer Erkundigung hat Falsche Antworten auf diesbezügliche Fragen des Beamten würden ebenfalls ersatzpflichtig machen können. Eine culpa in eligende würde vielleicht vorliegen, wenn die Depesche einem ersichtlich unzurechnungsfähigen z. B. betrunkenen Telegraphisten anvertraut wird. Ein Verschulden bei Vertragsunterhandlungen ist auch dann vorhanden, wenn der Absender nach Kenntnis der Sachlage den Adressaten in dem Glauben an die Vollgültigkeit des Vertrages belässt. Der Erklärende hat die

1) Gegen jede Ersatzpflicht (ausser dolus) Burchardi S. 35; gegen jede Haftung ausserhalb einer culpa des Absenders: Hauser S. 62 Note 49; Mommsen S. 26 für die Ersatzpflicht bei dolus und culpa lata.

2) Vgl. Reyscher S. 295; Mittermaier S. 38.

Pflicht, unverzüglich nach Aufdeckung der Entstellung der Depesche die Gegenpartei von ihrem Irrtum zu benachrichtigen und dadurch weiterem Schaden vorzubeugen. Keine culpa in contrahendo liegt übrigens vor, wenn der Offerent seine Offerte zeitig d. h. vor dem Accept widerruft. Macht der Empfänger bereits vor Vertragsschluss Aufwendungen, so thut er das auf seine Gefahr.[3]

2. Die Parteien können natürlich vertragsmässig vereinbaren, dass der Depeschen-Empfänger in jedem Falle schadlos zu halten ist. Bestritten wird, dass auch eine stillschweigende Garantieübernahme denkbar sein kann. Dagegen werden die Bedenken angeführt, die schon zur Verwerfung der Theorie von Windscheid (vgl. § 16.) führten: man vermisst zunächst ein factum concludens, dass auf einen solchen Willen des Erklärenden in irgend einem Falle schliessen lässt. Doch wird man mit Reyscher[4] auch hier eine Ausnahme machen dürfen: Hat der Absender die sofortige Ausführung der telegraphischen Offerte verlangt, so schneidet er damit dem Adressaten jede Möglichkeit der näheren Vergewisserung (z. B. durch Zurücktelegraphierung) ab. Namentlich bei Aufträgen zu Kauf und Verkauf an der Börse hängt der Erfolg der Operation oft von Minuten ab. Der Auftraggeber verlangt daher in solchen Fällen sofortige Effektuierung der erteilten

---

3) Dernburg II, § 10 Note 10.

4) Reyscher S. 295; S. 477; Serafini (vgl. Mittermaier S. 38, der selbst allerdings Bedenken hiergegen hat). Dagegen namentlich Busch S. 16; Fuchs S. 101.

Ordre ohne jede Verzögerung. Das Abwarten einer Bestätigung würde in anbetracht des entstehenden Zeitverlustes dem Sinne solcher Aufträge direkt widersprechen. Damit ist aber die Stellung des Adressaten bedeutend verschlechtert, sein Risiko steigt durch den Ausschluss der Erkundigungsmöglichkeit. In diesem Falle würde der Absender der Depesche allerdings contra bonam fidem handeln, wollte er nachher behaupten, die Gefahrübernahme habe ihm fern gelegen. Fuchs[5] hat gewiss recht, wenn er entgegnet, in der Wahl dieses Korrespondenzmittels liege stets eine Aufforderung zu schnellem Handeln. Dennoch ist ein Unterschied zwischen einem telegraphischen Börsenauftrag und einer gewöhnlichen Kaufofferte durch Depesche nicht zu leugnen. Allerdings ist auch im letzeren Falle eine besondere Zurücktelegraphierung seitens des Depeschenempfängers nicht gebräuchlich, sie wird eben im Verkehr meist als überflüssige Vorsichtsmassregel angesehen. Aber dieses Sicherungsmittel steht dem Adressaten doch zu Gebote; der Offerent würde durch den aus dem Abwarten einer Bestätigung resultierenden Zeitverlust nicht geschädigt. Verzichtet der Oblat auf eine weitere Vergewisserung so geht diese Unterlassung auf sein Risiko. Aus solchen Gesichtspunkten allein kommt man zur Billigung des Urteilstenors in der Sache Oppenheim-Weiller.[6] Die Depesche Oppenheim's enthielt den ausdrücklichen Zusatz: sofortige Rückantwort

5 Fuchs S. 101.

6) s. Reyscher S. 456 fg.

telegraphisch! Die unverzügliche Effektuierung des Auftrags sollte also auf telegraphischem Wege mitgeteilt werden; mit dieser Forderung wäre eine vorherige Anfrage des Hauses Weiller direkt unvereinbar gewesen. Oppenheim erhöhte damit das Risiko seines Vertragsgegners und hierin muss man auch das factum concludens suchen, dass die Annahme einer stillschweigenden Garantierung in diesem Fall rechtfertigt.

3. Eine letzte Ausnahme machen mehrere Autoren, wenn Absender und Empfänger der Depesche bereits in einem dauernden Vertragsverhältnis zu einander stehen, vermöge dessen der eine Teil dem anderen den bei Erfülluug seiner Verpflichtungen entstehenden Schaden zu ersetzen hat. Hierfür gilt der Satz: nemini officium suum debet esse damnosum.[7] Reischer[8] will diese Bestimmung gelten lassen namentlich für den Kommissionär und Diener. Er vergisst dabei, dass das Wort „officium" von den Römern nur beim Mandat, Kommodat und Depositum gebraucht wird, wo es sich also um eine prinzipiell unentgeltliche, nur im Interesse des anderen Teils übernommene Verpflichtung handelt.[9] Für die vorliegende Frage kommt nur in betracht das Mandat, und zwar ergiebt sich die Ersatzpflicht des Mandanten aus dem besonderen Wesen dieses Vertragsverhältnisses. Das Mandat, weil unentgeltlich oder doch nur gegen ein Honorar übernommen, soll für

7) l. 61 § 5 D. de furt. 47,2.
8) Reyscher S. 295.
9) Fuchs S. 102.

den Mandatar kein gewagtes Geschäft sein. Wenigstens durch Ausführung seiner Verpflichtungen soll der Beauftragte keinen Schaden erleiden.[10] Wann handelt er nun seinen Verpflichtungen entsprechend? Wenn er den Willen seines Geschäftsherrn seinem erkennbaren Sinn gemäss ausführt.[11] Was ihm angemessener Weise als Wille des Mandanten erscheinen musste, danach hat er sich zu richten.[12] Dieser Forderung genügt auch die verstümmelte Depesche, soweit sie eine Ausführungsordre an den Mandatar enthält. Sie giebt immerhin eine berechtigte, faktische Vermutung für den thatsächlichen Willen des Autors. Der Mandatar erfüllt also nur seine Verpflichtungen, wenn er der telegraphischen Anweisung, auch der entstellten, nachkommt. Mit der actio mand. contr. kann er dann Ersatz für die Auslagen fordern, die er in berechtigter Ausübung seiner Mandatspflicht gemacht hat. Insoweit gilt der Satz: cuius commodum, eius periculum. Darüber hinaus geht die Haftpflicht des Mandanten nicht. Zufälliger Schaden, der bei Gelegenheit der Ausführung des Mandats den Mandatar trifft, bleibt auf diesem lasten.[13]

Die Haftung aus dem Mandat ist ferner nicht auszudehnen auf den Fall, wo das verstümmelte Telegramm selbst erst das Auftragsverhältnis herstellen sollte.[14] Hier sind Aufforderung zur Übernahme des

10) Das besagt: l. 15 D. mand. XVII 1 . . . . ne damno afficiatur is, qui suscipit mandatum; ferner die oben citierte Stelle l. 61 § 5 D. de furt. 47,2.
11) Vgl. Dernburg II, § 116, 1.
12) So Becker S. 173.
13) Dernburg II, § 116, 26.
14) Dagegen Becker S. 169.

Mandats und Ausführungsordre untrennbar verbunden; beide Momente gehören zu den essentialia negotii; der consensus über den einen Punkt (Annahme des Mandatsverhältnisses) kann zur Perfektion des vorliegenden Auftrags als solchen nicht genügen.[15] In der praktischen Anwendung dieses Falles der Ersatzpflicht für Telegrammverstümmelung wird man um so vorsichtiger sein müssen, als eine analoge Anwendung auf ähnliche dauernde Vertragsverhältnisse (z. B. Dienstvertrag) sich rechtlich nicht begründen liesse. Ob man den Fall Oppenheim-Weiller nach den Regeln des Mandats beurteilen darf, erscheint schon fraglich.[16] Jedenfalls besteht auch in diesem Fall nur eine Klage auf Ersatz der Aufwendungen, nicht aber auf Ersatz des negativen Interesses. (Vgl. Melliger S. 121; Brock S. 161). Ein Vertragsverhältnis, auf Grund dessen ein die Parteien bei Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten zufällig treffender Schaden zu ersetzen ist, ist die societas (Gesellschaft). Telegraphiert also ein Gesellschafter geschäftlich an seinen socius und ergiebt sich aus der Entstellung der Erklärung ein Schaden für den Empfänger, so muss diesen die Gesellschaft tragen.[17]

15) So Mittermaier S. 33; Bähr VI, S. 304; Hauser S. 62 Note 49; Meili S. 120.

16) Nach Mandatsgrundsätzen gelangen zur Haftung Oppenheims: Dernburg II, § 116 Note 15; Mommsen II. S. 125; Becker S. 177. Gegen die Ausdehnung der Mandatsgrundsätze auf alle Offerten, da jede Offerte die Aufforderung zu einer Thätigkeit enthalte: Melliger S. 118 fg.; Brock S. 159.

17) Vgl. l. 52 § 4 D. h. t. XVII, 2: nam sicuti lucrum, ita damnum commune esse oportet, quod non culpa socii contigit.

§ 19.

g. Das negative Vertragsinteresse.

Ist der Absender des Telegramms auf Grund einer culpa in contrahendo haftbar (vgl. § 18,), so hat er das sog. negative Vertragsinteresse zu ersetzen. Diese Art der Schadensberichtigung hat Jehring[1] zuerst formuliert; ihm hat sich die gemeinrechtliche Litteratur fast allgemein angeschlossen.[2] Auch bei der Entscheidung der Frage nach BGB. kehrt der Begriff des „negativen Interesses" wieder. Dass dem Erklärungsempfänger kein Anspruch auf das volle Erfüllungsinteresse gewährt wird, hat seine Berechtigung.[3] Der Schaden des durch die entstellte Depesche getäuschten Kontrahenten liegt keineswegs in der Nichtexistenz des Kontraktes, denn auf das Zustandekommen eines Vertrages hat niemand einen Anspruch. Es soll nur das berechtigte Vertrauen des Adressaten auf die Gültigkeit der Willenserklärung geschützt werden, ihm ist zu ersetzen: quanti interest, non esse deceptum.[4] Die Erstattung des negativen Vertragsinteresses bezweckt die Herstellnng des status quo ante, während das Erfüllungsinteresse den Zustand ins Auge fasst, der bei

1) Jhering Bd. IV. S. 1 fg.; Melliger S. 34 fg. sucht nachzuweisen, dass der Begriff des negativen Interesses bereits dem Röm. Recht bekannt war.

2) z. B. Dernburg II, § 10 Note 11; Windscheid II, § 307 Note 5. Der von ihm gegebenen Formulierung des „Vertrauensinteresses" hat sich das BGB. fast wörtlich angeschlossen. vgl. Wilutzky a. a. O. S. 189.

3) Vgl. Unger S. 679.

4) Näheres über die Art der Berechnung s. Wilutzky S. 190

thatsächlicher Existenz des Vertrages eingetreten wäre. Bei der Berechnung des negativen Interesses ist in betracht zu ziehen:

a. damnum emergens d. h. die im Vertrauen auf die Existenz des Kontraktes gemachten Auslagen:

b. lucrum cessans: Die Vermögensvorteile, die der andere Teil ohne sein Vertrauen auf die Existenz des Vertrags gehabt hätte.[5]

Jhering geht bei Aufstellung seiner Theorie davon aus, dass das negative Interesse meist geringer oder höchstens gleich dem positiven Interesse ist. Die ratio legis liegt in möglichster Schonung des Ersatzpflichtigen. Praktisch wird sich der Fall auch fast stets so gestalten. z. B.: ein Banquier nimmt im Vertrauen auf die Vollwirksamkeit des telegraphisch abgeschlossenen Verkaufs von Wertpapieren einen Deckungskauf vor. Nach Aufdeckung der Nichtigkeit des Vertrages muss er seine Anschaffungen anderweitig mit Verlust weiter veräussern. Dieser Verlust ist ihm bei culpa des anderen Teils zu erstatten, nicht aber auch der Gewinn, den er aus seiner Action zu ziehen gedachte. Gegen den Begriff des negativen Interesses ist namentlich eingewandt worden, dass es unter Umständen auch höher sein kann als das Erfüllungsinteresse.[6] z. B. ein Fabrikant

5) Vgl. Melliger S. 25 fg.

6) Bähr S. 306 (VI); Melliger giebt zu, dass begrifflich diese Konsequenz nicht abzuweisen, setzt aber ebenfalls aus Billigkeitsgründen das Erfüllungsinteresse als Maximalgrenze fest. Ebenso Brock S. 267: dem Geschädigten soll nicht zu dem noch aus der Thatsache des unwirksamen Vertragsschlusses an sich Schaden erwachsen.

schlägt im Vertrauen auf die Rechtsbeständigkeit der telegraphischen Ordre ein nachweisbar günstigeres Angebot aus. Hier wäre es allerdings sinnwidrig, wollte der Fabrikant Herstellung des Zustandes verlangen, der ohne den ersten Vertrag bestanden haben würde. Die bona fides und die ratio der ganzen Bestimmung verlangen doch wohl, dass das Erfüllungsinteresse die Maximalgrenze für die Höhe des negativen Vertragsinteresses bildet.[7] Selbst von solchen Autoren, die theoretisch gegen das negative Interesse nichts einzuwenden haben, ist behauptet worden, der Begriff sei praktisch unverwertbar und deshalb zu verwerfen.[8] Bähr a. a. O. S. 305 meint: „Wie soll der Empfänger beweisen, was er gethan haben würde, wenn vielleicht die Absicht zu verkaufen nur in seinem Kopfe lebte?“ Dem gegenüber ist zu betonen, dass die Berechnung des Schadensersatzes dem freien und vernünftigen richterlichen Ermessen anheim zu stellen ist, und der Richter wird selbstredend nur solche Verhältnisse berücksichtigen, die dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entsprechen.[9] Dass die Festellung der Höhe des Schadens leicht willkürlich werden kann, ist allerdings nicht zu leugnen.

---

7) Windscheid § 307 Anm. 5. So ausdrücklich BGB. § 122. Zweck dieser Vorschrift ist: die Spekulation nach Möglichkeit zu Gunsten des zurücktretenden Teils einzudämmen. So Wilutzky a. a. O. S. 191.

8) So Bähr S. 305 (VI); S. 422 (XIV).

9) Vgl. Melliger S. 171 fg.; Brock S. 208 erkennt die Schwierigkeit der Berechnung an, betont aber, dass das negative Interesse den Verhältnissen in „idealer“ Weise gerecht wird.

§ 20.

h. Schadensersatzpflicht ausserhalb der culpa in contrahendo.

Nur ein Bruchteil der telegraphisch übermittelten Erklärungen enthält Vertragsangebote und Accepte. Die Ersatzpflicht des Absenders für Entstellungen seiner Depesche überhaupt (also bei rechtlich erheblichen oder unerheblichen Erklärungen) entscheidet sich nach den allgemeinen Grundsätzen der Verantwortlichkeit für ausserkontraktliches Verschulden. Ganz allgemein d. h. für Erklärungen jeden Inhalts fordern auch die Vertreter des Veranlassungsprinzips nicht ohne weiteres die unbedingte Haftung seitens des Absenders, obwohl ein Handeln „auf eigene Gefahr" sich hier mit derselben Berechtigung verteidigen liesse.[1] Die ältere gemeinrechtliche Doktrin gab in allen Fällen der Vermögensbeschädigung eine actio Aquilae utilis gegen den, der ausserkontraktlich den Schaden veranlasst hatte, falls ihm irgend ein Verschulden nachzuweisen war. Die neuere Theorie und Praxis[2] hat jedoch die actio legio Aquiliae wieder quellenmässig eingeschränkt auf den Fall thatsächlicher Sachbeschädigung. Erhalten hat sich aus der früheren Periode u. A. die Haftung für culpa in contrahendo. Soweit die dazu notwendigen Voraussetzungen fehlen, kann der Adressat ausserkontraktlich nur mit der actio doli von dem Absender des Telegramms Ersatz des aus der

1) Vgl. Melliger S. 154.

2) RG. Bd. 9 S. 163; Dernburg II, § 135; Windscheid II, 4 451 Anm. 1.

Entstellung resultierenden Schadens fordern. Da sich eine Telegrammverstümmelung nur in den seltensten Fällen auf ein „bösliches Verhalten“[3] des Erklärenden zurückführen lässt, so trifft der Schaden fast ausnahmslos den Empfänger der Depesche. — Der aus einer verspäteten Ankunft oder aus einem Abhandenkommen des Telegramms resultierende Vermögensnachteil wird meist den Absender selbst treffen. Im übrigen gilt auch hier der Grundsatz, dass (vom Fall des dolus abgesehen) stets der den Schaden zu tragen hat, der von ihm betroffen wird. z. B. der Depeschen-Empfänger hält eine infolge bedeutender Verzögerung den Absender nicht mehr bindende Offerte (vgl. § 7) noch für rechtzeitig eingetroffen, acceptiert sie und trifft Anstalten zur Erfüllung seiner vermeintlichen Vertragspflichten. — Fraglich könnte noch sein, ob die Umformung einer ursprünglichen Erklärung zu einer Willensäusserung durch die Mittelsperson eine Ersatzpflicht nach Grundsätzen der culpa in contrahendo oder nur der actio doli begründet. z. B. Aus einer Mitteilung des Börsenkurses macht der Telegraphenbeamte eine Kaufofferte. Der gutgläubige Adressat acceptiert diese und trifft dementsprechend seine Dispositionen. — Da die Originaldepesche massgebend ist für die Beurteilung des Verhältnisses der Parteien, so liegen „Vertragsunterhandlungen“ nicht vor: der Erklärende beabsichtigt ja garnicht die Herbeiführung eines

3) Gegen die Gleichstellung von dolus und culpa lata bei ausserkontraktlichen Verhältnissen: Melliger S. 130.

Vertragsschlusses. Demnach ist die Theorie der culpa in contrahendo hier nicht anwendbar, der Adressat bleibt verwiesen auf die actio doli.

II. Landrecht und code civil.

§ 21.

a. Das französiche Recht.

In den neueren Kodifikationen (ALR.; c. c. BGB.) ist die ausserkontraktliche Schadensersatzpflicht nicht wie im Gemeinen Recht an einzelne Thatbestände z. B. Sachbeschädigung, culpa in contrahendo, actio doli u. s. w.) geknüpft; vielmehr werden allgemeine Grundsätze zur Begründung einer Haftpflicht aufgestellt. Hiernach ist auch die eventuelle Verantwortlichkeit des Absenders der Depesche zu beurteilen. — In allen Gesetzgebungen ist im Prinzip die Römische Verschuldungstheorie der Deutschen Veranlassungmaxime gegenüber zur Geltung gekommen. Allerdings werden von diesem starren Grundsatz mehr oder weniger zahlreiche Ausnahmen gemacht. code civil art 1382: tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige elui, par la faute duquel il est arrivé à le réparer. Zur Begründung der Schadensersatzpflicht ist also notwendig causa und culpa. Auf Grund dieses Paragraphen erfolgte die Verurteilung Oppenheim's in dem bekannten Kölner Fall, indem das Landgericht

Köln in der Auswahl des Telegraphen fälschlich eine thatsächliche Verschuldung des Erklärenden erblickte. (Vgl. § 15). Diese Argumentation war unhaltbar. — Das französische Recht macht eine weitgehende Ausnahme vom Verschuldungsprinzip im art. 1384: on est responsable encore du dommage causé par le fait des personnes, dont on doit répondre. Welches sind nun die Personen, für die man einzustehen hat? Abs. 3 des art. 1384 giebt eine nähere Definition: les maîtres et les commettants (sont responsables) du dommage causé, par leurs domestiques et préposés dans les fonctions, auxquelles ils les ont employés. Das badische Landrecht (art. 1384 übersetzt die betreffende Stelle: Der Geschäftsgeber haftet für seine Geschäftsträger in den ihnen anvertrauten Verrichtungen. Ein Urteil des Pariser Handelsgericht vom 12. II. 1862 erklärt den Absender der Depesche für eine Telegrammverstümmelung haftbar, da die Telegraphenverwaltung als Agent (Geschäftsführer) im Sinne dieser Bestimmung zu gelten habe. Mittermaier und Reyscher[1] greifen dieses Urteil wohl mit Recht an. Mit Art. 1384 sind nur bevollmächtigte Auftragnehmer (Stellvertreter, Prokuristen u. s. w.) gemeint, nicht aber Mittelspersonen die nur als Werkzeug des Erklärenden fungieren sollen. Trifft den Depeschen-Absender also kein Verschulden, so bleibt er auch nach c. c. haftfrei.

---

1) Mittermaier S. 36; Reyscher S. 474

§ 22.

b. Das Allgemeine Landrecht Preussens.

Das ALR. erkennt das Verschuldungsprinzip an im Teil I, Tit. 6 § 10—12, mit Abstufungen nach dem Grade der culpa. Eine Haftung für Verschulden Dritter ohne eigene culpa ist nur für einige bestimmte Fälle (auch dann nur subsidiär) ausgesprochen. Es ist verantwortlich: der Hausherr für sein Gesinde, der Meister für seine Handwerksgesellen, der Hauswirt für die Bewohner seines Hauses. Eine Haftpflicht für die Entstellung der Depesche durch die Mittelsperson besteht also auch nach ALR. nur bei eigentlicher Verschuldung des Urhebers.[1] Dieses Prinzip ist ausdrücklich normiert im § 50. (Tit. 6 Teil I): Der Auftraggeber haftet nicht für den vom Beauftragten in Ausrichtung eines zulässigen Mandats verursachten Schaden.

III. Bürgerliches Recht.

§ 23. a. Die Ersatzpflicht des Absenders.

1. Der Ersatz des negativen Interesses.

Auch das BGB. knüpft die Schadensersatzpflicht prinzipiell nur an ein Verschulden an. Der I. Entwurf ging in Anerkennung dieses römisch-rechtlichen Prinzips aucserordentlich weit. § 97. Abs. 3 des I. Entwurfes bestimmte, dass bei Nichtigkeit einer Willenserklärung wegen Irrtums die durch

1) So Dernburg (Preuss. Privatrecht) II, § 299.

ihr Vertrauen auf die Gültigkeit der Erklärung geschädigte Gegenpartei einen Anspruch auf Ersatz nur haben sollte, wenn dem Urheber eine culpa nachzuweisen war. Die Motive begründen diesen Grundsatz mit folgenden Ausführungen:[1] „Es geht zu weit, wenn man allgemein den Satz aufstellt, dass eine dem Anschein nach mangellose Erklärung zu Gunsten des guten Glaubens als wirkliche Willenserklärung anzusehen sei. Die um die Lage des Erklärenden sich nicht kümmernde Vertrauensmaxime hat, unterschiedslos angewandt, weit erheblichere Unbilligkeiten im Gefolge, als diejenigen, welchen sie vorbeugt. — Auch bei der unrichtigen Übermittelung einer Erklärung durch Boten oder Telegraph hat eine so weitgehende Haftung nur Platz zu greifen, wenn sie übernommen ist.“ In diesen Bestimmungen lag eine Anerkennung der für das Gemeine Recht geltenden Grundsätze (vgl. oben § 18). Diese römisch-rechtlichen Normen wurden bei Beratung des Gesetzes heftig angefeindet.[2] Der Erfolg dieser Polemik war der, dass der zweite Entwurf in diesem Punkte das Verschuldungsprinzip durchbrach und die Idee des Handelns auf eigene Gefahr zur Geltung brachte. Die Protokolle bemerken darüber:[3] „Es herrschte Einstimmigkeit bezüglich des Grundsatzes, dass im Fall der unrichtigen Übermittlung eine Ersatzpflicht bestehe

---

1) Motive S. 191 und 203. Über die Entwicklungsgeschichte der Frage vgl. Melliger S. 86.

2) Sehr scharf z. B. Unger S. 688.

3) Protokolle S. 117.

ohne Rücksicht darauf, ob dem Erklärenden bei Auswahl oder bei Instruktion der Mittelsperson ein Verschulden zur Last fällt.“ Dieser unbedingte Schutz des guten Glaubens ist denn auch im BGB. in seiner heutigen Gestalt anerkannt. Die deutsch-rechtliche Veranlassungsmaxime ist durchgedrungen[4] § 122 bestimmt: „Ist eine Willenserklärung auf Grund der §§ 119, 120 angefochten, so hat der Erklärende, wenn die Erklärung einem anderen gegenüber abzugeben war, diesem, andernfalls jedem Dritten[5] den Schaden zu ersetzen, den der Andere oder der Dritte dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der Andere oder der Dritte an der Gültigkeit der Erklärung hat.“ Der Absender des entstellten Telegramms hat also das negative Interesse zu ersetzen, wobei als Maximalgrenze der Betrag des Erfüllungsinteresses gilt. Dieselben Grundsätze galten bei der Haftung für culpa in contrahendo im Gemeinen Recht (vgl. § 19.).

2. Ausschluss der Ersatzpflicht.

1. Nur das berechtigte Vertrauen des Adressaten findet Beachtung. Die Schadensersatzpflicht tritt

4) Melliger S. 166: „Das BGB. hat sich zielbewusst auf Seiten des Veranlassugsprinzips gestellt.“ Brock S. 195 abstrahiert aus den Bestimmungen des BGB. folgendes Prinzip: Haftpflicht für Schadenszufügung durch Täuschung des berechtigten Vertrauens auf Abschluss eines rechtswirksamen Vertrages infolge eines in der eigenen Person liegenden Nichtigkeitsgrundes.

5) Melliger S. 86: Dritte haben den Anspruch nur, wenn die Erklärung ihrer Natur nach für sie bestimmt war.

nicht ein, wenn der Geschädigte den Grund der Anfechtbarkeit kannte oder in Folge von Fahrlässigkeit nicht kannte (kennen musste). s. § 122 Abs. 2. Sobald also der Empfänger der Depesche über die Richtigkeit ihres Inhaltes Zweifel von gewisser Stärke hat oder doch haben müsste, verliert er damit den Anspruch auf Schutz seines ungerechtfertigten Vertrauens. Das Recht berücksichtigt den „guten Glauben" nicht, wenn er aus Leichtsinn hervorgegangen ist (vgl. § 14.).

2. Ein Anspruch auf Schadensersatz lässt sich auch in dem (unter § 12, 2, 1 angeführten) Fall nicht begründen, wenn die Mittelsperson als Bote des Adressaten erscheint. Der Schaden muss stets auf dem Empfänger der Erklärung haften bleiben, sofern dieser die Benutzung des Telegraphen gefordert hat. Da die von dem Urheber in der Aufgabedepesche niedergelegte Willenserklärung unanfechtbar wirksam bleibt, ist die Frage nach der Haftung schon damit von selbst erledigt. — Zu einer anderen Entscheidung gelangen natürlich die Vertreter der Ansicht, die nach § 120 in der entstellten Depesche auch dann eine irrtümlich abgegebene Willensäusserung des Absenders erblicken will, wenn diesem die Anwendung dieses Mittels aufgenötigt wird. Diese Lösung würde doch wohl dem vom § 120 vertretenen Veranlassungsprinzip widersprechen: Der Telegraph funktioniert hier auf Antrieb und im Interesse des Adressaten, während die Gegenpartei die Gefahr tragen soll!

3. Gelangt man zu der Ansicht, dass § 120 auch bei vorsätzlicher Entstellung der Erklärung Anwendung findet (vgl. § 12, 2,[2]), so muss man auch § 122 mit der hierin statuierten Ersatzpflicht gelten lassen. Zu dem entgegengesetzten Resultat gelangen die Verteidiger der Auffassung, dass die dolose Verstümmelung nicht als eine „Übermittelung" der Erklärung anzusehen sei.[6]

4. Bei Beratung des BGB. stritt man lange darum, ob der Absender der Depesche auch haften solle, wenn die Verstümmelung auf höherer Gewalt beruht. Nach § 118 Abs. 2. Satz 2 des II. Entwurfs ist die Ersatzpflicht im Fall der vis maior ausgeschlossen. Nach dem Bericht der Protokolle[7] bestanden Meinungsverschiedenheiten bezüglich dieses Punktes. Die Minderheit verlangte konsequente Durchführung des Veranlassungsprinzips und wies hin auf die Unbestimmtheit des Begriffes der vis maior. Die Mehrheit hielt dagegen an dieser Sonderbestimmung fest, die bereits Windscheid zu begründen versucht hatte (vgl. § 16,[2]). Sie berief sich darauf, dass auch in neueren Reichsgesetzen derartige Einschränkungen der Haftpflicht gemacht würden z. B. bei der Haftung der Eisenbahnen. Die höhere Gewalt bilde ein unvermeidliches Übel, das der Betroffene zu tragen habe; ausserdem habe die Judikatur den Begriff bereits näher umgrenzt. Trotzdem wurde diese Ausnahmebestimmung in dritter Lesung als unzweckmässig verworfen und ist in das BGB.

6) So Cosack § 64 III. 7.
7) Protokolle S. 117.

nicht übergegangen. Der Absender des Telegramms ist also nach § 120 und 122 ersatzpflichtig ohne Rücksicht auf die Ursache der Entstellung seiner Willenserklärung, mag diese auf Fahrlässigkeit, auf Vorsatz des Beamten oder gar auf Witterungseinflüssen und sonstigen Störungen der elektrischen Leitung beruhen.[8]

5. Wird die Mittelsperson widerrechtlich durch arglistische Täuschung oder Drohung zur Verstümmelung des Telegramms veranlasst, so kommen die Grundsätze der §§ 123, 124 analog zur Anwendung. Die dem Adressaten zugehende Willenserklärung ist also unter den Voraussetzungen des § 123 anfechtbar,[9] ohne dass eine Ersatzpflicht besteht. Diese Bestimmung ergiebt sich konsequent daraus, dass die übermittelte Erklärung angesehen werden soll als persönliche Äusserung des Urhebers. Keinesfalls kann man den Absender der Depesche für die von seinem Organ beförderte Erklärung strenger haftbar machen, als für seine persönlichen Willensäusserungen.[10] Die Momente, die die Schadensersatzpflicht bezüglich seiner eigenen Willensbethätigung ausschliessen, exkulpieren ihn auch, wenn sein Werkzeug unter einem derartigen Druck handelt.

---

8) So z. B. Matthiass § 52,2b; Fleck S. 396; Staudinger § 120 Anm. 5.

9) § 123 Abs. 2: Hat ein Dritter die Täuschung verübt, so ist eine Erklärung, die einem Anderen gegenüber abzugeben war, nur dann anfechtbar, wenn diese die Täuschung kannte oder kennen musste.

10) So auch Cosack § 64 III 7., Anm. 2.

§ 24. b. Haftung für Entstellung von Erklärungen nach allgemeinen Grundsätzen.

1. Bisher handelte es sich stets um einen, allerdings den wichtigsten Fall der Telegrammverstümmelung: um die unrichtige Übermittelung von Willenserklärungen und die daran anknüpfenden Konsequenzen. Alle die Fälle, in denen der Adressat Vermögensnachteile erleidet infolge Entstellung telegraphischer Erklärungen, die nicht Willensäusserungen im juristischen Sinne sind, müssen in Bezug auf die eventuelle Haftpflicht des Urhebers beurteilt werden nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen. Die Anwendbarkeit dieser allgemein gültigen Vorschriften soll natürlich durch den § 120 nicht beeinträchtigt werden. Soweit also die Voraussetzungen vorliegen, die an sich eine Deliktshaftung des Autors der Erklärung begründen würden, ist der Adressat nicht beschränkt auf Geltendmachung des negativen Interesses; er hat vielmehr einen Anspruch auf vollen Schadensersatz (auch über das positive Interesse hinaus).[1] Die ratio legis ist ja ein aussergewöhnlich starker Schutz des guten Glaubens. Kann der Emptänger der Depesche auf Grund allgemein geltender Rechtsprinzipien höhere Ansprüche geltend machen, so steht ihm das frei. In dieser Hinsicht hat § 120 bezw. 122 einer rein subsidiären Charakter. Die Garantie für die richtige Übermittlung juristisch unerheblicher Erklärungen (z. B. von Auskünften)

1) So wohl Matthiass § 52,2 Anm.; Brock S. 110.

kann natürlich vertragsmässig einer Partei zugeschoben werden. Sonst entscheiden, soweit es sich um ausserkontraktliche Schadenszufügung handelt, die Deliktsregeln des BGB. — Eine Ersatzpflicht des Absenders der Depesche nach § 823 lässt sich nicht begründen, denn im vorliegenden Fall handelt es sich stets um Zufügung von Vermögensnachteilen, nicht aber um Verletzung eines konkreten „Rechts" des Adressaten. Anwendbar könnte § 816 werden:[2] Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem anderen Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet. Ein Handeln contra bonos mores würde z. B. dann vorliegen, wenn der Absender die Depesche absichtlich unleserlich und zweideutig schreibt, in der Erwartung, der Gegenpartei durch die voraussichtliche Entstellung seiner Erklärung einen Nachteil zuzufügen. Dasselbe würde gelten, wenn der Erklärende auf Befragen des Telegraphisten falsche Antworten bewusst erteilt, mit dem Vorsatz (Voraussicht des Erfolges) den Empfänger dadurch zu schädigen. Die Ersatzpflicht geht also keinesfalls weiter, als im Gemeinen Recht auf Grund der actio doli (vgl. § 20). — Von ebenso geringer praktischer Bedeutung für den Adressaten ist § 831: „Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatz des Schadens

---

2) Über die Konkurrenz des § 122 und § 826 vgl. Brock S. 111: Es geht die Klage gegen den Absender vor. Er kann den Geschädigten nicht auf den Boten verweisen. Anderseits kann der Empfänger zunächst nur den Boten haftbar machen.

verpflichtet, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem anderen widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde." Gewiss sind die Voraussetzungen dieser Bestimmung auch im Fall der telegraphischen Übermittlung gegeben. Den Absender der Erklärung trifft also die Last, sich zu exkulpieren. Hat er sich eines Boten bedient, so kann ihm der Beweis seiner absoluten Schuldlosigkeit misslingen, anders aber beim Telegraph. In Auswahl dieser Mittelsperson ist im Allgemeinen eine culpa in eligendo unmöglich zu erblicken (vgl. § 15, 2). Vielleicht könnte man hierher den Fall rechnen, dass der Erklärende die Depesche einem Beamten zur Beförderung übergiebt, der sich in einem offenbar unzurechnungsfähigen Zustand befindet. Jedenfalls lässt sich eine Haftung des Erklärenden ausserhalb der Sonderbestimmungen des § 120 auch im geltenden Recht nur in verschwindend seltenen Fällen begründen.

2. Das Bürgerliche Recht kennt gewisse Vertragsverhältnisse auf Grund deren der Adressat eines Telegramms ganz allgemein Ersatz aller Auslagen fordern kann, die er mit Rücksicht auf die in der (wenn eventuell entstellten) Depesche enthaltene Erklärung für nötig hielt. Im Römischen Recht war dieser Schutz des berechtigten Vertrauens nur beim Mandant anerkannt (vgl. 18, 3). Nach den

Bestimmungen des BGB. gelten analoge Regeln für den Auftrag und ferner auch für einen Dienstvertrag oder Werkvertrag, soweit letztere eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben (§ 670 resp. 675 des BGB.). Voraussetzung dieser weitgehenden Ersatzpflicht ist also, dass Absender und Empfänger der Depesche im Verhältnis von Geschäftsherr zu Geschäftsführer stehen z. B. als Handlungsagenten, Makler, Bevollmächtigte, Prokuristen, Kommisionäre u. s. w. Beauftragten dieser Art gegenüber ist der Mandant nach § 670 zum Ersatz aller zum Zwecke der Ausführung des Auftrages gemachten Aufwendungen, soweit sie der Mandatar den Umständen nach für erforderlich halten durfte, verpflichtet.

Erhält also ein Geschäftsreisender telegraphisch nähere Anweisungen bezüglich seines Verhaltens, so trifft die Gefahr der richtigen Übermittelung seinen Chef, solange der Beauftragte keine Zweifel bezüglich der Glaubwürdigkeit der Depesche hegte bezw. hegen musste. Der Geschäftsherr ist schadensersatzpflichtig, sofern nur der Reisende die Ausgaben nach pflichtgemässem Ermessen für nötig hielt.[3] Ob diese Voraussetzungen vorliegen, ist natürlich quaestio facti. Die Bestimmung des § 670 geht über die des § 120 unter Umständen hinaus. Zunächst ist die Erstattungspflicht nicht beschränkt auf Ausgaben, die im Hinblick auf „Willenserklärungen" des Autors der Depesche gemacht werden, sie gilt ganz allgemein für jede durch

3) Cosack, S. 144, III, 2 b.

Zwischenpersonen beförderte Meldung, die den Verpflichteten zu vermeintlich berechtigten Aufwendungen veranlasste. Sogar die Gefahr unechter Telegramme d. h. solcher Erklärungen, die nicht von der unterzeichneten Person ausgehen, kann den Auftraggeber treffen, wenn der Mandatar bona fide auf eine derartige Depesche handelt.

Dieselben Regeln finden nach § 713 auch zu Gunsten eines geschäftsführenden Gesellschafters Anwendung.

III. Teil.

§ 25. Die eventuelle Haftung der Telegraphenverwaltung und des schuldigen Beamten.

1. Ersatzpflicht der Telegraphenverwaltung.

Eine in der Litteratur des Telegraphenrechts sehr ausführlich behandelte Frage ist die, ob nicht die Telegraphenverwaltung für den aus der Verzögerung oder Entstellung der Depesche resultierenden Schaden haftbar gemacht werden kann. Die Telegraphenanstalt ist allerdings ein staatliches Institut, das in vielen Beziehungen öffentlich-rechtlichen Normen unterliegt; doch tritt sie im Verhältnis zu den Personen, die sich dieses Korrespondenzmittels bedienen, in ein rein privatrechtliches Vertragsverhältnis, das in Ermangelung besonderer gesetzlicher Bestimmungen nach allgemeinen civilrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen ist.[1]

1) So Mittermaier S. 44.

Der Staat hat in Ausübung des Telegraphenmonopols die Stellung eines Kaufmanns, ähnlich wie die Staatseisenbahnverwaltung. — Dass der Telegraph im Verhältnis zu den Parteien (Absender und Empfänger der Depesche) als nuntius erscheint, ist bereits oben ausgeführt (vgl. § 5). Damit ist die Frage noch unbeantwortet, auf Grund welchen Kontraktverhältnisses die Telegraphenanstalt in dieser Funktion auftritt. Ein Mandat ist schon deshalb nicht anzunehmen, weil die Ausführung eines Auftrags im juristischen Sinne unentgeltlich zu erfolgen hat; dass in der Entrichtung der Gebühr ein „Honorar" zu erblicken ist wird man kaum zugeben können.[2] Es handelt sich vielmehr um einen Lohnvertrag. Zweifelhaft ist, ob eine loc. cond. operis oder eine loc. cond. operarum näher liegend erscheint. Die meisten Autoren[3] wollen nicht einsehen, worin das opus bestehen könnte, sie entschliessen sich daher eher für Annahme einer loc. cond. operarum. Doch ist nicht recht verständlich, weshalb man nicht in der Abgabe der Depesche an den Adressaten ein „Werk" erblicken darf, zu dessen Herstellung sich die Telegraphenverwaltung kontraktlich verpflichtet.[4] Dem Absender der Depesche kommt es doch allein auf diesen Erfolg an; er bezahlt nicht die einzelnen in der

2) Dafür Busch S. 5. Gegen Annahme eines Mandates auch Meili S. 29, der das Wesentliche des Mandats in der Vertrauensstellung des Mandatars sieht. (S. 33).

3) So Busch S. 5; Mittermaier S. 29; Reyscher S. 297.

4) Fuchs S. 96; namentlich Meili S. 34; Koch Bd. II, S. 350.

Telegrammbeförderung enthaltenen Dienstleistungen, sondern den ökonomischen Effekt, der durch sie erreicht wird. Wird dieser Effekt nicht oder nur unvollkommen gezeitigt (Telegrammverstümmelung), so kann der Absender die erlegten Gebühren zurückverlangen.[5] —

Allerdings ist das Unternehmen, um das es sich handelt, von besonderer Art. Die Verpflichtungen des Unternehmers sind hier dieselben wie z. B. beim Brief- oder Frachtbeförderungsvertrag. Man darf die für derartige Beförderungsverträge geltenden Sonderbestimmungen wohl analog für die telegraphische Übermittelung anwenden.[6]

Die Grundsätze der Haftung des römischen receptum (Aufnahmevertrag) sind im Interesse der Verkehrssicherheit auf die wichtigsten Kommunikationsinstitute (z. B. Eisenbahn) ausgedehnt worden. Die Telegraphenverwaltung würde auf Grund dieser Analogie nicht nur für omnis culpa ihrer Angestellten haften, wie jeder Unternehmer, sondern sogar für kasuelle Verzögerung und Entstellung der Depeschen soweit sie nicht auf unabwendbaren Zufällen (vis maior) beruhen.[7] Der Absender hätte also nach diesen Prinzipien eine kontraktliche Klage auf Schadensersatz, sofern sich die Telegraphenverwaltung nicht in der erforderlichen Weise exkulpieren kann.

5) Telegraphen-Ordnung vom 9. Juni 1897. (§ 22. 23) erkennt wenigstens einen Anspruch auf ein Berichtigungstelegramm an.

6) Reyscher S. 297; Mittermaier S. 44.

7) Meili S. 109 will die Verwaltung nur für omnis culpa der obersten Centralleitung haften lassen, der niederen Beamten.

Wird die Depesche dem Adressaten übergeben, so erweitert sich damit das Vertragsverhältnis auch auf den Empfänger.[8] Auch dieser erwirkt damit einen selbständigen, kontraktlichen Klageanspruch auf Ersatz des ihm erwachsenen Schadens, für den die Verwaltung überhaupt einzustehen hat (also bis zur höheren Gewalt).[9]

Gelangt allerdings das Telegramm gar nicht an die Person des Adressaten (z. B. infolge einer Namensverwechslung), so kann er sich höchstens die Klage vom Absender cedieren lassen.[10] Den soeben entwickelten Grundsätzen gegenüber haben sich jedoch die Telegraphenanstalten der meisten Länder durch Reglements von der an sich rechtlich begründeten Haftpflicht zu befreien gesucht. (z. B. Reglement von 1857 § 27). Bestritten ist, welche Gültigkeit solche einseitigen Bestimmungen verlangen können. Obwohl sie Gesetzeskraft natürlich nicht zu beanspruchen haben, wird man ihnen doch nicht jede Bedeutung absprechen dürfen.[11] Wer sich des Telegraphen bedient, unterwirft sich damit stillschweigend den in dem Reglement ausgesprochenen Vertragsmodalitäten. Doch kann dies nur fnsoweit gelten, als die allgeweinen Grundsätze über Ver-

8) Reyscher, S. 304. Meili, S. 40.

9) Dagegen Fuchs, S. 102.

10) Mittermaier, S. 44. Dagegen Melliger, S. 206.

11) Dagegen für Haftung bis vis maior: Reyscher, S. 309. Mittermaier, S. 42. Sehr schroff Meili S. 185: Alle Telegraphenordnungen, welche in konstitutionellen Staaten ohne Zustimmung der Volksvertretung die Haftung ausschliessen, sind nichtig und vom Richter nicht zu beachten!

pflichtungen durch Parteivereinbarung überhaupt ansgeschlossen werden können.[12]

Die Telegraphenanstalt kann demnach in ihrer Verkehrsordnung die Haftung, für dolus und culpa lata keinesfalls ablehnen, da derartige Vereinbarungen wegen Verstosses gegen die guten Sittten stets hinfällig sind. Die Beweislast trifft dann den Kläger. Die Ablehnung jeder Haftung findet sich auch wieder in der Telegraphenordnung vom 21. Juni 1872, § 26. Aber dieses Reglement hat ebenfalls Gesetzeskraft nicht erlangt (anders wohl die Verkehrsordnung der Eisenbahnen nach § 454 des neuen HGB). Das Reichsgesetz vom 6. April 1892 über Telegraphenwesen ignoriert die Frage; der Streit über die Zulässigkeit des absoluten Ausschlusses der Haftung dauert also fort. — Die Gerichte haben sich stets der Auffassung angeschlossen, dass derartige Erlasse der Verwaltungsbehörde die unbedingte Geltung von Rechtsverordnungen verdienen (z. B. Urteil im Fall Oppenheim-Weiller bei Reyscher S. 469). In der Praxis ist also eine Regressklage gegen die Telegraphenverwaltung aussichtslos.

§ 26.

2. Ersatzpflicht des schuldigen Telegraphisten.

In letzter Linie bleibt noch die Möglichkeit, den schuldigen Telegraphenbeamten haftbar zu machen.

12) Ähnlich a. HGB. § 27. Gegen Annahme eines stillschweigenden consensus ausführlich: Meili, S. 187.

Kontraktlich könnte eine solche Klage nicht sein, da ja nicht der einzelne Beamte, sondern die Telegraphenverwaltung als juristische Person den Werkverdingungsvertrag eingeht.[1] Es lässt sich also nur eine ausserkontraktliche Schadensersatzklage begründen. Nach den Prinzipien des Römischen Rechts besteht eine solche Klage bei böslicher, widerrechtlicher Vermögensbeschädigung. (actio doli). Eine Haftung des Telegraphisten auch für Fahrlässigkeit lässt sich nach Gemeinem Recht nur konstruieren, wenn man die Voraussetzungen der vielumstrittenen Sydikatsklage als gegeben erachtet. Unbedingt unzulässig ist es, den schuldigen Beamten von jeder Ersatzpflicht (auch im Fall des dolus) befreien zu wollen.[2]

Wenn die Telegraphen-Ordnungen die Regressklage gegen die Verwaltung ausschliessen, so ist dem Geschädigten der Zugriff auf den dolosen Telegraphisten als Privatperson damit keinenfalls genommen.[3] — Die actio doli steht jedem zu, der durch das bösliche Handeln des Beamten benachteiligt ist, also dem Absender und Empfänger bezw. Adressaten der Depesche. —

Für die Haftung des Beamten nach Bürgerlichem Recht entscheiden die Grundsätze über unerlaubte Handlungen. Ein Delikt im Sinne des BGB. liegt

---

1) So Fuchs, S. 47; Busch, S. 18 sucht eine actio utilis tamquam cessa aus dem Kontrakt gegen den schuldigen Beamten zu konstruieren.

2) Für Schadensersatzpflicht bei omnis culpa: Mittermaier, S. 44 Gegen jede Ersatzpflicht wohl Cosack, (Handelsrecht) S. 506.

3) So Busch, S. 18.

nicht vor, wenn jemand in Ausübung seiner Kontraktspflicht handelt. Eine Nachlässigkeit des Beamten im Dienst begründet nicht ohne weiteres ein Delikt, mag auch sein Verhalten im Innenverhältnis zur Telegraphenverwaltung als kontraktwidrig erscheinen. Es ist im Einzelfall zu untersuchen, ob die Handlung des schuldigen Beamten den Thatbestand eines Deliktes erfüllt oder nicht. In Betracht kommt hier namentlich § 826 BGB.: Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem Anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem Anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet. Hierher gehören alle Fälle vorsätzlicher Telegrammverstümmelung oder Unterschlagung, insofern der Telegraphist den aus seiner Handlungsweise entstehenden Schaden voraussah.

Auch eine Anwendung des § 823 Abs. 2 wäre denkbar: § 355 des Strafgesetzbuches bestraft die Fälschung, Eröffnung und unterdrückung von Depeschen durch Telegraphenbeamte. Hierin liegt ein den Schutz der den Telegraph benutzenden Parteien bezweckendes Gesetz. Wer hiergegen verstösst, wird ersatzpflichtig nach § 823 Abs. 2, Satz 1. Diese Bestimmung würde weiter reichen als § 826, da jede vorsätzliche Entstellung des Telegramms (auch die nicht „deliktische“) hiermit betroffen wird. Der Beamte wäre demnach aus jeder dolosen Telegrammverstümmelung den geschädigten Parteien haftbar.

§ 839 BGB. normiert die Ersatzpflicht der Beamten bei jeder culposen Verletzung der ihnen

obliegenden Amtspflicht. Ob auch die Telegraphisten dieser ausserordentlichen Haftpflicht als Beamte unterliegen, ist zweifelhaft. Die Haftung wird auf Grund der Bestimmungen der Telegraphenordnung vielfach verneint.[15] Auch hier würde also die (§ 25,1 besprochene) Streitfrage bezüglich der Bedeutung derartiger Verordnungen auftauchen. Die Anwendbarkeit des § 839 BGB. vorausgesetzt, hätten die Parteien einen Regressanspruch auch bei fahrlässiger Entstellung der Depesche, sofern sie nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermögen.

4) Vgl. z. B. Cosack, Handelsrecht, S. 506.